

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Historia del Derecho**



**TESIS DOCTORAL**

**El recurso de apelación en el derecho procesal castellano  
entre los siglos XIII y XIX**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Susana Aikin Araluce**

DIRECTOR:

**Gustavo Villapalos Salas**

**Madrid, 2015**

TP  
1983  
044

Susana Aikin Araluce

EL RECURSO DE APELACION EN EL DERECHO PROCESAL  
CASTELLANO ENTRE LOS SIGLOS XIII y XIX



\* 5 3 0 9 8 6 0 6 4 4 \*

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

X.53-3777-87.8.

Departamento de Historia del Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
1983



BIBLIOTECA

**Colección Tesis Doctorales. Nº 74/83**

© Susana Aikin Araluce  
Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 Madrid-8  
Madrid, 1983  
Xerox 9200 XB 480  
Depósito Legal: M-7936-1983

EL RECURSO DE APELACION EN EL DERECHO PROCESAL CASTELLANO

ENTRE LOS SIGLOS XIII Y XIX

*Tesis dirigida por el Profesor  
Gustavo Villapalos Salas*

*Universidad Complutense de Madrid  
1.981*





# I N D I C E

<u>C O N C E P T O</u>	<u>PAGINA</u>
CAPÍTULO 1. INTRODUCCION HISTORICA AL RECURSO DE APELACION .....	1
I. LA APELACION EN EL SISTEMA DE RECURSOS .....	2
II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL RECURSO DE APELACION ..	6
1. Carácter jerárquico de la apelación .....	9
1.1. El Orden de las apelaciones .....	11
2. Carácter gradual .....	20
2.1. La apelación "omisso medio" .....	23
2.2. El orden de apelaciones en los señorios .	25
3. La apelación, recurso típico de la jurisdicción ordinaria .....	29
3.1. El orden de apelaciones en la jurisdicción delegada .....	30
3.2. La exclusión de la apelación: la cláusula "appellatione remota" .....	34
4. La apelación recurso de derecho común .....	37
4.1. Diferencias con la apelación extrajudicial .....	38
4.2. Diferencias con otros recursos .....	41

<u>C O N C E P T O</u>	<u>PAGINA</u>
III. CLASES DE APELACION .....	45
IV. EL NUMERO DE APELACIONES .....	50
V. RASGOS Y ETAPAS DE SU EVOLUCION HISTORICA .....	54
CAPITULO II. EL OBJETO DE LA APELACION .....	69
I. LA SENTENCIA VALIDA .....	73
1. Nulidad por falta de un presupuesto procesal.- en las partes .....	74
2. Nulidad de la sentencia pronunciada sin la de- bida forma .....	76
3. Nulidad por objeto y estructura de la senten- cia .....	78
4. Nulidad por vicios de procedimiento en el pro- ceso .....	80
5. Nulidad de la sentencia "contra fus" .....	83
6. El problema de la validez de la sentencia con- dicional .....	86
II. LA SENTENCIA DEFINITIVA .....	90
III. LA SENTENCIA PENAL .....	96
IV. LA SENTENCIA ARBITRAL .....	102

<u>C O N C E P T O</u>	<u>PAGINA</u>
V. OTRAS DECISIONES APELABLES .....	107
VI. LAS PROHIBICIONES DE APELAR .....	113
CAPITULO III. LA LEGITIMACION EN EL RECURSO DE APELACION.	117
I. LA LEGITIMACION PARA APELAR .....	118
II. LA APELACION DEL REBELDE .....	131
CAPITULO IV. EL PROCEDIMIENTO .....	144
I. LA FASE DE LA APELACION ANTE EL JUEZ A QUO .....	145
1. El acto de apelación .....	145
2. El plazo para apelar .....	153
3. La admisión de la apelación por el juez a quo.	158
4. Inadmisión de la apelación por el juez a quo .	167
5. Efectos del recurso de apelación .....	177
II. LA FASE DE APELACION ANTE EL JUEZ AD QUEM .....	208
1. Los plazos en la fase ante el juez ad quem ..	209
2. La instrucción de la causa de apelación ante - el juez ad quem .....	226
3. El "ius novorum" en el proceso de apelación: - nueva demanda, nuevas alegaciones y nuevas - pruebas en el proceso de segunda instancia ..	241

<u>C O N C E P T O</u>	<u>PAGINA</u>
4. El procedimiento de la fase de prueba .....	257
5. Vista y alegaciones en derecho .....	260
6. Plazos para dictar la sentencia de apelación .	265
7. La sentencia de apelación: contenido, <u>naturale</u> za y efectos .....	267
CONCLUSIONES .....	284
NOTAS AL CAPITULO I .....	288
NOTAS AL CAPITULO II .....	341
NOTAS AL CAPITULO III .....	370
NOTAS AL CAPITULO IV .....	389
BIBLIOGRAFIA .....	463

## CONSIDERACIONES PREVIAS

El objeto de este trabajo doctoral es el estudio del recurso de apelación en el derecho procesal civil desde la legislación oficial del siglo XIII castellano hasta la Ley de Enjuiciamiento de 1.881. La razón de comenzar el estudio del tema en las fuentes legislativas castellanas del siglo XIII se cifra en que es en esta época cuando por medio de la recepción del Derecho Común, se elabora el recurso de apelación como un remedio procesal jerárquico, común, legal y tecnificado -características básicas sobre las cuales se desarrollaría en los siguientes siglos hasta llegar a la Ley de Enjuiciamiento -de finales del XIX, vigente casi en su totalidad actualmente-.

Aunque se estudia dentro del capítulo dedicado al objeto del recurso, la sentencia penal, no está en la intención de este trabajo abarcar más allá de la materia procesal civil, y la razón de aquella extralimitación está fundamentada en la unidad de tratamiento procesal que en un primer momento reciben -lo penal y lo civil, y en el interés que ofrece el estudio de una materia -que a efectos del recurso de apelación, siempre tuvo una consideración especial por su vinculación al ámbito del orden público.

Respecto de las fuentes utilizadas únicamente se ha acudido a textos legales y a la literatura jurídica más relevante, por lo cual no está dentro de las pretensiones de esta tesis ofrecer un estudio histórico sociológico del desarrollo del recurso de apelación en la práctica procesal correspondiente a ca

da una de las épocas de las que se abarca, sino únicamente se trata de dar - una visión lineal de la evolución del concepto, objeto y procedimiento del - recurso a través de las fuentes legales y en el pensamiento de la doctrina - jurídica, intentando valorar, hasta donde resulta posible, la influencia de= otros derechos -como el germánico o el canónico-, en los cambios y nuevas di- recciones que adoptó el curso del desarrollo de la apelación, y las innova- ciones que aportó la práctica procesal de los tribunales.

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCION HISTORICA AL RECURSO DE APELACION**



## I. INTRODUCCION: LA APELACION EN EL SISTEMA DE RECURSOS

El problema de la firmeza de la sentencia y sus efectos es el punto de partida de los distintos sistemas de recursos. En principio, toda sentencia supone un acto de determinación que pone fin a un proceso en el cual se ponderaban pretensiones jurídicas (1), y su firmeza eventual determina la vinculación de las partes y el juzgador, y la ejecutabilidad de la decisión que contiene. La firmeza o cosa juzgada (2) se establece en razón de la necesidad de eficacia y seguridad que todo sistema jurídico tiene, y obra, ya desde el Espéculo (3) en el sentido de que los pronunciamientos judiciales sean desde algún momento inalterables y obligatorios frente al juez, las partes litigantes y frente a terceros. Esta condición se adquiere o bien porque de un acto no se admite ningún recurso, declarándose inimpugnable desde el principio con una cláusula de "remota toda apelación o suplicación" o bien porque las partes no la impugnaron dentro de los términos establecidos, convirtiéndola así en inalterable, irrevocable o firme (4). La firmeza de una sentencia determina también la imposibilidad de tratar de nuevo la cuestión ya resuelta, según el principio de "non bis in idem" que implica la preclusión definitiva de toda ulterior discusión.

Contra esa sentencia, que puede llegar a convertirse en inatacable, era preciso establecer una serie de medios de impugnación que hiciesen viable la posibilidad de volver a revisar el asunto. Desde el Espéculo y las Partidas se establecen cuatro medios de impugnación de la sentencia, o cuatro "ampa-

ramientos" (5): "... ca o es por alzada o por pedir merced, o por demandar= quel tornen en aquel estado en que era ante quel diesen el juyzio o por que rrella que faga, que el juyzio fue dado por alguna falsedad, o contra la ordenada manera que el derecho manda guardar en los juyzios" (6), es decir - presentan los recursos de apelación, suplicación, restitución "in integrum" y la denominada "querella nulitatis".

Todos los recursos pretenden una nueva reconsideración de la sentencia, generalmente a cargo de un juez superior al que sentenció, por lo que se genera el efecto devolutivo típico de los medios de impugnación que acuden a - "enmienda de mayor juez" (7). Este efecto resulta específicamente característico de la apelación, pues aunque es susceptible de ser producido en la suplicación, no se da por ejemplo en los casos en que se suplica de un juez supremo como el rey (8), y en la nulidad puede revocarse la causa bien por el mismo juez que dictamina o por "otro su Mayoral" (9), y finalmente en la Restitución "ad totam causam" suele litigarse de nuevo ante el juez primero (10). Por otra parte en su petición de nuevo examen de la causa, la apelación y la suplicación tienen en común que su pretensión no solo aspira a que el juez "ad quem" anule la primera sentencia ("ivdicium rescindens") sino que además, dicte otra nueva en su lugar "ivdicium rescissorium"), mientras que lo que persiguen la nulidad y la restitutio es una vuelta a la situación anterior a la sentencia.

El primer fin de los recursos respecto de la sentencia, es por tanto, dete-

ner la producción de su efecto típico que es la firmeza. En segundo lugar -pretender detener la ejecución de la sentencia y el conocimiento del negocio por el juez a quo, lo cual se logra por el efecto suspensivo, por el cual se congela la situación procesal, impidiendo que la sentencia adquiera el carácter de cosa juzgada, y sea ejecutada, y suspendiendo la jurisdicción del juez inferior respecto de la causa. En el campo de los recursos resulta un efecto esencial, por lo que es generalmente común a todos salvo a la Suplicación (11), que parece se admitía como norma únicamente en el devolutivo.

La apelación, dentro de este cuadro, es el recurso que por su carácter de ordinario y común, tiene atribuidos ambos efectos en un principio. Su interposición y admisión determina una devolución de la jurisdicción del juez inferior al superior (12), y una suspensión de la ejecutoriedad de la sentencia apelada (13). Si en un primer momento los dos efectos acompañaban siempre al recurso de apelación, más adelante, sin duda para evitar la interposición de apelaciones "frívolas" o sin causa y los perjuicios derivados de ellas, se plantea la posibilidad de admitir el recurso en "un solo efecto", esto es únicamente en el devolutivo, para aquellos casos en que conviene a la celeridad de la administración de justicia, que la sentencia se ejecute, aún con carácter provisional (14). De esta forma, a partir del S. XVI (15) y hasta nuestra Ley de Enjuiciamiento se hablará de apelaciones admisibles en "un solo efecto" o en "ambos efectos".

En cuanto al efecto devolutivo, el examen de su amplitud viene determinado por la posición del juez ad quem frente al a quo. En principio, en base a este efecto, todas las atribuciones del juez a quo pasan al ad quem, pero este transvase de jurisdicción está sujeto a una serie de limitaciones. En virtud del principio de "tantum devolutum, quantum appellatum" el juez ad quem solo tiene jurisdicción en virtud de la remisión que le ha hecho el a quo (16), y solo puede conocer sobre los puntos planteados en el recurso, resolviendo sobre los extremos omitidos por el a quo que debiendo haber solventado no lo hizo, y si la apelación se plantea sobre una cuestión incidental -como una excepción dilatoria- no puede entrar en cuestiones de fondo. Significa esto también que el juez ad quem parte del estado procesal en el cual estaba el negocio cuando le fue remitido por el juez a quo, de lo cual deriva la prohibición de producir nuevas alegaciones y pruebas sobre los extremos ya conclusos en primera instancia (17).

## II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL RECURSO DE APELACION

Aunque lo ideal sería emplear en cada momento las categorías conceptuales= relativas a cada época histórica, la necesidad que se plantea siempre de - delimitar el objeto de la investigación nos obliga a adoptar una defini - ción instrumental del recurso de apelación. Estudiaremos la apelación como un remedio de carácter jerárquico, gradual, ordinario y común que tiene - por finalidad someter a un juez superior una sentencia válida decidida por el inferior cuando el apelante entiende que le reporta un gravamen por no - haberse estimado total o parcialmente las pretensiones que formuló en pri - mera instancia.

Toda definición del concepto de apelación contiene siempre, desde las - fuentes más antiguas, dos elementos indispensables, la impugnación de una= sentencia gravosa y la invocación a un juez superior para ello (18). Las - Partidas con estilo preciso nos ofrecen ya, en el siglo XIII, una configu - ración clara y concisa de los dos ingredientes: "Alzada es querella que al - guna de las partes face de juicio que fuese dado contra ella, llamandó et= recorriéndose a enmienda de mayor juez" (19). El Espéculo con un estilo - más expresivo alude también a este elemento doble: "...alzada es manera de querella, que alguno face del menor judgador al mayor, teniendo agraviado= del juyzio o del mandamiento quel fiziese" (20).

El gravamen que para la parte contiene la sentencia, y que constituye la -

causa necesaria para apelar, se hace derivar de una conducta "iniqua" o ignorante del juez "menor" en el cumplimiento de su función judicial, ya desde el texto Ulpiano del Digesto (21). Y el fin del recurso de la apelación consiste precisamente en la corrección y enmienda de la injusticia(22) e impericia de los jueces "...porque por ella se desatan los agravamientos= que los jueces hacen a las partes torticeramente o por non los entender" - (23). Esta presunción respecto de la responsabilidad dolosa o culposa del juez menor reflejada en la sentencia injusta cobra un relieve significativo en la literatura jurídica bajo medieval.

Baldo llamó a la apelación "triaca contra el veneno de los jueces", metáfora que adoptaron gran número de juristas a lo largo de los siglos (24). Y San Bernardo, nos presenta una imagen luminosa de aquella, esclarecedora de las tinieblas de la injusticia: la del Sol de la justicia (25), mientras que otros autores, sobre todo los canonistas, acuden a la imagen del "refugio de los condenados" (26), idea originalmente acuñada por Graciano (27), que se refleja en la metáfora del mar tormentoso que nos presentan las Partidas "... así como los que peligran sobre mar han muy grant cohorte quando fallan alguna cosa en que se trabar, o lograr a que arriben por= cuidar estorcer de aquel peligro, et otrosi los que van vencidos de sus enemigos quando llegan a logar en que asman ser defendidos de aquellos que los siguen por matarlos, bien otrosi han gran cohorte et gran folgura aquellos contra quien dan los juicios quando fallan alguna carrera por que cuidan estorcer et ampararse de aquello de que se agravian..." (28). Presunción que se repite hasta el mismo S. XVII.

Más adelante, especialmente a partir del S. XVIII, la injusticia del objeto de la apelación aparece despersonalizada respecto del juez, y la literatura jurídica la observa más objetivamente (29). Sin embargo en los umbrales de nuestra Ley de Enjuiciamiento, un autor como Gómez de la Serna todavía fundamenta la apelación sobre la idea de corrección de la actividad - del juez inferior: "... uno de los más eficaces correctivos contra la arbitrariedad de los jueces y una de las garantías más seguras para prevenir o separar sus errores..." (30).

## 1. CARACTER JERARQUICO DE LA APELACION

El hecho de que el recurso de apelación se interponga siempre "de minori ad maiorem iudicem", presupone la existencia de un sistema procesal ordenado en instancias jerárquicas, a tenor del cual el juez superior está legitimado para revisar los actos del inferior (31), definiéndose, así, con un carácter esencialmente jerárquico (32). Esta naturaleza de recurso a juez superior vanía también impulsado por la introducción del principio "Nemo sit iudex in causa sua" que rompía frontalmente con algunas prácticas judiciales de la alta edad media (33). Este principio, que establecía una estructura triangular, en el proceso (34) y pretendía garantizar la imparcialidad del juzgador (35), viene ya consignado en la Tercera Partida (36), y suponía una prohibición taxativa para el juez de juzgar sobre su propia sentencia, y por tanto la necesidad de acudir al superior (37).

La apelación, pues, se encuadra en un orden procesal jerarquizado, de estructura piramidal en cuyo vértice se encuentra el Rey como suprema instancia (38). Los fines de este orden serían lograr la seguridad jurídica a través de la aplicación del derecho real en aras de una homogeneización y unificación jurídico-política.

Este sistema piramidal judicial se configura mediante el mecanismo jurídico de la delegación de jurisdicción (39), que surge de una fuente úni



ca: el Rey. Por el principio de la Mayoría de justicia (40) del Rey, - a éste pertenece originariamente el deber y el derecho de administrar - la justicia en su reino, idea ya arraigada en la concepción alto-medieval del Rey-juez. Con el crecimiento progresivo del aparato estatal de la Baja Edad Media, la ampliación del marco territorial nacional y la creciente acumulación de poder y prestación de servicios públicos, - el aparato judicial crece paralelamente a otras estructuras públicas - (41), multiplicándose sus órganos, ramificándose su estructura vertical y tecnificándose más en sus funciones.

Las modificaciones e innovaciones en el sistema judicial real (42) son principalmente la creación de órganos jurisdiccionales superiores, que mediante la ficción de la representación de la personal real (alter-ego jurisdiccionales) (43), amplían la capacidad del vértice del sistema piramidal, y paralelamente la atribución a otros órganos de administrar justicia, órganos intermedios en la estructura como son los Regimientos y los Corregidores, que mediatizan verticalmente la actuación de las justicias locales.

Es principalmente el mecanismo de la apelación que interrelaciona esta estructura, pues su funcionamiento gradatim supone un movimiento inerrable de abajo hacia arriba y un recorrido paulatino vertical de tribunal en tribunal. Este flujo jurisdiccional de la base al vértice tiene como efecto esencial un control inmediato de la actuación de los tribu-

nales inferiores por parte de los superiores, lo que determina una inevitable homogeneización de la jurisprudencia y unificación del derecho aplicado, con una tendencia implícita, en última instancia, a su territorialización.

#### 1.1. El Orden de las Apelaciones

El carácter de recurso jerárquico de la apelación implica necesariamente la existencia de un orden de apelaciones que nos vemos obligados a definir minimamente, en función de establecer, al menos esquemáticamente, la vía jerárquica por la cual se deducía este recurso - (44).

El Espéculo (45) se refiere a unos alcaldes de corte que conocerían las alzas de los jueces de la tierra, de cuya sentencia podía apelarse para los adelantados mayores de la Corte del Rey, de los cuales solo podía suplicarse ante el rey mismo (46). Otro sistema se consolidaría, al menos a nivel teórico (47), en las Cortes de Zamora 1.274, donde aparte de instaurarse tres alcaldes para las alzas - (48), se implantaban dos vías de apelación diferentes: una para Castilla, y otra para León, Galicia, Extremadura y Andalucía. El orden de alzas para estos últimos territorios se iniciaba en los alcaldes del fuero, seguía en los Alcaldes de Corte y terminaba en los de

Alzada. Sin embargo Castilla seguía otra vía: las alzadas de los alcaldes de las villas, iban ante los adelantados de los alfores y de éstos a los alcaldes del rey, de los cuales se apelaba a los adelantados mayores de Castilla y en última instancia al Rey (49). En los años siguientes se establecen algunas modificaciones en este sistema. Las Cortes de Valladolid de 1.293, territorializan la función judicial de los alcaldes de Corte, estableciendo que sólo conocerán de las apelaciones de sus propios territorios (50), mientras que las de 1.307 varían el número de alcaldes de las alzadas a dos (51). En líneas generales esta estructura jerárquica es la que aparece reproducida en las Partidas (52).

Desde la aparición de la Audiencia (53), en las Cortes de Toro de 1.371 (54), como órgano judicial permanente que ya cuenta con un alcalde de las alzadas entre sus oidores (55), hasta su conversión en un tribunal estable -tribunal de apelación por excelencia- bajo los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1.480 (56), el sistema jerárquico se modifica. La Audiencia, si bien comienza siendo un órgano esencialmente de primera instancia (57) evoluciona a lo largo de este siglo en su calidad de tribunal de apelaciones que imparte justicia en nombre del rey, hasta que las Ordenanzas de Medina del Campo 1.489, le atribuyen conocimiento general de las apelaciones (58). Establecida así como Tribunal Real de apelación, el orden que seguirían las alzadas en el S. XIV, sería el siguiente: de los alcaldes -

del fuero se apelaba ante los alcaldes del adelantamiento territo -  
 rial correspondiente (59), y de éstos a la Audiencia, de cuyos fa -  
 llos por ser inapelables (60) solo podía suplicarse ante el rey.

A partir de finales del S. XIV entra otro órgano superior a insertar -  
 se en la esfera jerárquica de las apelaciones: el Consejo Real. Si -  
 bien al principio no se le reconocieron expresamente competencias ju -  
 diciales (61), muy tempranamente se inmiscuyó de hecho en el campo -  
 jurisdiccional interfiriendo con la competencia de las Audiencias, -  
 conociendo pleitos entre partes por vía de comisión y avocanco apela -  
 ciones para sí (62). Por todo lo cual fue necesario delimitar sus -  
 competencias, y aunque se instituyó desde 1.480 (63) como órgano -  
 auxiliar de gobierno, se le reconocieron unas especiales competen -  
 cias judiciales: "Las apelaciones de las residencias y de las cartas  
 ejecutorias que del nuestro Consejo enmanaren sobre cosas vistas en=  
 el nuestro Consejo de las pesquisas y pesquisidores que fueren por -  
 nuestro mandado o delos del nuestro consejo que no llevaren poder de  
 determinar... y las apelaciones delos alcaldes dela nuestra casa y -  
 corte delas causas civiles...", como se especificaron más tarde en -  
 las Ordenanzas de Medina de 1.489 (64). Quedaban de esta manera re -  
 servadas al Consejo en Sala de Justicia las apelaciones de las comi -  
 siones y las pesquisas, y en general las causas políticas, no cabien -  
 do otro recurso de sus decisiones que el de suplicación ante el Rey=  
 o revista ante el mismo Consejo (65).

En la Edad Moderna se continua en líneas generales sobre esta línea de demarcación de competencias entre la Audiencia y el Consejo. En principio reestableció que "todas las apelaciones de qualesquier jueces, asi Ordinarios, como Delegados, vayan a las nuestras Chancillerias" (66), mientras que para el Consejo estaban reservadas "las apelaciones de las residencias, y de las Cartas Executorias, que del nuestro Consejo enmanaren" (67), las de las pesquisas también comisionadas por el Consejo, y las de los Alcaldes de Casa y Corte en causas civiles (68). También conocía el Consejo las apelaciones del Corregidor de la Corte o su lugarteniente (69) y las de los Alcaldes mayores de los Adelantamientos sobre visitas de las villas (70).

En el siglo XVII el Consejo es objeto de una serie de reestructuraciones en diversas salas, cada una de las cuales tiene asignada una serie de competencias judiciales específicas. En 1.608 Felipe III (71) lo divide en cuatro salas: una Sala de Gobierno para los asuntos de jurisdicción regia, a la que dota de un presidente y cinco ministros, tres Salas de Justicia, dotadas con once ministros, designada para conocer de los pleitos entre partes y los recursos de las mil y quinientas doblas. En 1.691 (72) el número de magistrados se aumenta hasta veintidos y se crea la Sala de Provincia.

La Sala de Gobierno estaba prevista desde un principio para conocer todas las causas de carácter político y gubernamental pertenecientes

a la jurisdicción regia; en particular pueden destacarse las apelaciones de delitos monetarios, fraudes y falseamientos de monedas (73), apelaciones de los negocios de Sevilla y Valencia (74) y aquellas de las provisiones del señor Visitador de los Ministros del Consejo, Corte y Villa (75). Las Salas de Justicia en general conocían las apelaciones de la Corona de Aragón desde 1.715 (76), todas las apelaciones de los jueces comisionados por el Consejo o por el Rey (77), las de las Juntas de Aposentos (78) y la Real Junta de Juntas de Obras y Bosques; aquellas de causas sobre Ordenanzas de caza y pesca, y las relativas a montes y plantíos (79). En particular la Sala de las Mil y Quinientas, entendía de este recurso específico, de las apelaciones de la Mesta (80), y las de residencias.

La Sala de Provincia tenía asignada competencia sobre las apelaciones de los Alcaldes de Corte "en sus provincias" y de los Tenientes de Villa (81), así como las del Corregidor de la Corte o su Lugarteniente (82), y por razón de la cuantía causas superiores a 9.000 reales (83).

La jurisdicción suprema en lo criminal correspondía a la Real Sala de Alcaldes de Casa y Corte, en los lugares en que residía la corte y no había Audiencia (84). Sala que también tenía competencia en los asuntos civiles que se determinasen en el rastro de la Corte (85). Cuando la Corte se estableció en Madrid, la jurisdicción de los Al -

caldes de Casa y Corte se limitó a la Villa de Madrid, que se dividía en cuarteles, cada cual a cargo de un alcalde que conocía en primera instancia las causas criminales, apelándose de sus sentencias para la Real Sala (86).

La competencia general en la jurisdicción ordinaria en materia de apelaciones la sustentaban las Audiencias y Chancillerías en sus respectivos territorios. Desde 1.494 (87), en que se crea la Chancillería de Ciudad Real, que después de 1.504 se traslada a Granada, a ésta compete territorialmente toda la jurisdicción civil en segunda instancia y en primera por caso de corte, desde el río Tago hasta mediodía, quedando el resto del territorio de la Corona Castellana bajo la jurisdicción de la Chancillería de Valladolid. Las Chancillerías también conocían las apelaciones de causas criminales de las justicias de sus territorios, en sus Salas del Crimen. Esta primera división territorial de competencia fue objeto de posteriores subdivisiones mediante la creación progresiva de Audiencias a lo largo de los siguientes siglos. Así en el original término jurisdiccional de la Chancillería de Granada apareció en 1.556 (88) la Audiencia de Sevilla, con competencia criminal y civil (89) en segunda instancia; y unos pocos años más tarde, en 1.566, se creaba la Audiencia de Canarias (90), con competencia general en materia de apelaciones, pero de cuyas sentencias podía apelarse a la Audiencia de Sevilla, si eran condenatorias en una cantidad superior a tres mil maravedís en

causas civiles, o suponían pena de muerte en causas criminales -  
 (91). En el territorio inicial de la Chancillería de Valladolid -  
 pronto se deslindó el término jurisdiccional de la Audiencia de Gali  
cia que los Reyes Católicos crearon en 1.494 (92), cuyas sentencias  
 eran al principio apelables a Valladolid, en causas criminales y en  
 causas civiles de elevada cuantía (93). Los Decretos de Nueva Planta  
 de Felipe V reestructuraron, dotando de "nueva planta", a comienzos=  
 del S. XVIII, a las audiencias de Aragón (94), Mallorca (95), Catalu  
ña (96) y Valencia (97) lo que supuso una "Castellanización" de to -  
 dos estos tribunales, y su homogeneización respecto de las demás -  
 Audiencias de España. Creación de este mismo monarca fue la Audien -  
 cia de Asturias en 1.717 (98). Todavía se crearán, en 1.790 la Au -  
 diencia de Extremadura (99), y en 1.812 la Audiencia de Pamplona, és  
 ta última con jurisdicción sobre las provincias de Alava, Guipúzcoa=  
 y Vizcaya (100).

Los Regimientos o Concejos también tuvieron desde las Cortes de Tole  
do 1.480 (101) competencia en materia de apelaciones sobre causas ci  
viles de una cuantía que podía considerarse como menor, frente a las  
 que iban ante las Audiencias (102), cuantía que fue aumentada a lo -  
 largo de los siglos empezando por las causas de sentencias de 3.000=  
 maravedís en 1.480 hasta llegar a la cuantía de 40.000 en 1.778 -  
 (103). Las causas de que podía conocer el Regimiento en segunda ins-  
 tancia tenían una serie de excepciones importantes: aquellas causas=



relativas a ordenanzas (104), sentencias de condenación de alcabalas (105), residencias de jueces (106) y causas criminales (107), con lo cual su jurisdicción se veía enormemente limitada (108). Por otra parte, estas atribuciones de jurisdicción en segunda instancia del Regimiento, no existían en los lugares que formaban parte de un adelantamiento (109) pues en estos, las apelaciones de las sentencias de los Alcaldes Mayores del adelantamiento, de la cuantía que fuesen, iban ante la Audiencia.

En primera instancia, y para concluir con la base de la pirámide judicial estaban las justicias de los lugares, ciudades y villas. Sin olvidar que el Consejo, las Chancillerías, los Adelantados y otros grandes oficiales, tenían reservado el conocimiento en primera instancia *ratione materiae* o *personae* de determinados asuntos de carácter especial. Sin perjuicios de este esquema jerárquico, el rey tenía facultad de evocar para sí las causas del lugar donde se encontraba, de modo que, aún en el S. XVI, la presencia del monarca en un lugar implicaba la suspensión de la jurisdicción de las justicias ordinarias (110), sin que olvidemos que siempre hubo causas determinadas que el rey podía conocer en apelación o primera instancia, los pleitos de personas como viudas, huérfanos y pobres, "porque son así como desamparados et mas sin consejo que los otros..." (111).

De todos modos, el orden de las apelaciones era confuso y difícil de

conocer aún por los contemporáneos, como reconocen expresamente autores como Elizondo (112), por no proceder el sistema de un plan racional de distribución de competencias, sino de la acumulación de normas singulares y casuísticas, generalmente inconexas entre sí, que se habían dado a lo largo de seis siglos. A la vuelta del XIX, y a raíz de la legislación de Cádiz, comenzaría a racionalizarse y simplificarse este esquema, por la proclamación del principio de uniformidad procesal en todo el Reino de la Constitución de 1.812 (113).

El Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia de 1.812 (114), desarrollando este principio empezaba por hacer una distribución de partidos judiciales en las provincias, cada cual con un juez letrado de primera instancia (115). Establecía además, una Audiencia por cada provincia de la Monarquía con competencia en segundo y tercera instancia en las causas civiles y criminales remitidas por los jueces de partido (116). El Reglamento Provisional de 1.835, venía a uniformar más el sistema, extendiendo la competencia de los jueces letrados de primera instancia a los casos de corte. (117) y extendiendo toda la reglamentación sobre las Audiencias al Consejo Real de Navarra (118).

## 2. CARACTER GRADUAL

La invocación jerárquica se realizaba de grado en grado: "... el alzada debe ser fecha en esta manera, subiendo de grado en grado todavía del menor al mayor no dexando ninguno entre medias" (119), por lo cual quedaba en principio excluida la apelación "per saltum" (20), regla que resultaba común al derecho civil y al canónico (121). Este carácter gradual diferencia a la apelación de otras figuras que también pertenecían al mundo de los recursos bajo medievales, como la simple querella, pues mientras que "adire aliquem per simplicem querelam est adire sine medio... adire autem per appellationem est adire gradatim" como distinguó Baldo (122). Este mismo rasgo, la diferencia de la apelación extrajudicial (123), por la cual se acudía casi siempre directamente a las instancias superiores (124) sin recorrer las instancias intermedias.

El establecimiento de este principio por el cual solo se podía apelar de grado en grado (125), planteaba el problema de la validez de las apelaciones que, apartándose de la regla, se interponían por error ante instancia diversa a la correspondiente en grado, bien ante juez jerárquicamente mayor que el competente, menor o igual. Este problema había sido ya resuelto por Ulpiano en el Digesto, a favor de la validez de la apelación interpuesta a un juez superior al competente, y la nulidad de la interpuesta al juez inferior (126). El tema había sido retomado por la Glosa en el mismo sentido (127), y su solución se recoge en las fuentes

tes bajomedievales castellanas: así las Partidas (128) dirán: "Mas si - alguno se alzare por yerro a otro que sea mayoral que aquel a quien se= debie alzar, o que fuese egual de aquel que habie judgado, vale al alza da non porquel deba judgar el pleyto, mas débelo enviar (129) al otro - que ha derecho de judgarla: et si se alzare a otro que sea menor que - aquel de quien se alzó, tanto vale como si non se alzase. Eso mesmo de= çimos del que ficiere alzada a otro de cuyo señorio non es nin le ha po derio de judgar (130); ca tal yerro non le excusa maguer semeje que non finco por él de seguir el pleito". Esta regla perduró, practicamente en los mismos términos, hasta el S. XIX (131) y solo en la Ley de Enjuicia miento de 1.881, se consagra al fin de forma concisa y taxativa la obli gatoriedad de acudir al juez inmediatamente superior al que dictó la - sentencia (132).

Otro problema que se planteó tempranamente era el de si el carácter gra dual de la apelación podía ser alterado por la costumbre o los pactos o convenciones entre las partes (133). El problema se manteaba en el su - puesto de la costumbre contraria a la apelación al juez superior, y fa- vorable a la admisión del recurso presentado ante el igual o inferior.= Sin perjuicio del reconocimiento del carácter de fuente del derecho - (134) la doctrina predominante entendió que era viciosa la costumbre de apelar al juez inferior o igual y, por tanto, invalida, por contrariar= la naturaleza y sustancia del recurso caracterizado precisamente por la invocación jerárquica al superior ante los agravios del inferior (135).

Esto es lo que trataba de señalar la doctrina al afirmar con una expresión oscura que la costumbre no podía prorrogar la jurisdicción en las apelaciones, sin perjuicio de la existencia de alguna excepción notable (136).

Del mismo modo se resolvió negativamente respecto del derecho local (137) y del pacto entre las partes, aunque en este último supuesto, con bastantes vacilaciones, por implicar una restricción del principio dispositivo en la esfera procesal. La negativa de conceder prioridad al pacto entre partes, se apoyó básicamente en un argumento: aquel que consistía en afirmar el imperio del Derecho Público sobre la voluntad de los contendientes (138), atribuyéndosele a la jurisdicción de la apelación el "mero y mixto imperio" frente a la simple jurisdicción de las primeras instancias (139).

Quedaba sí instituido de forma más o menos taxativa el principio gradual, como característica esencial de la apelación judicial, y sin embargo, en una primera época admitió importantes excepciones, reducibles principalmente a dos: aquella de la apelación "omisso medio", y las apelaciones de tierras de señorios, que no seguían la vía gradatim sino un orden especial.

### 2.1. La Apelación Omisso Medio

La facultad de recurrir omisso medio sin agotar previamente los grados intermedios de la jurisdicción en una elaboración del Derecho Canónico (140), que ya viene recogido en el Decreto de Graciano (141), y que suponía la posibilidad de acudir directamente al Papa en apelación de una sentencia o en impugnación de un simple agravio (142), - lo que la doctrina justificó por la condición de "ordinarius cunctorum" del Supremo Pontífice (143), reflejo a su vez de su calidad de "dominus mundi" (144). La utilización de esta apelación per saltum - en la jurisdicción eclesiástica en Castilla (145) viene no solo recogida por las fuentes legales (146), sino también referida por la literatura jurídica (147) como recurso más teórico que efectivo.

Debía causar tantos problemas en la práctica que, desde el siglo XVI se empieza a sentir la necesidad de establecer en el territorio castellano jueces eclesiásticos competentes para ventilar las causas que en principio debían ir directamente a Roma. En efecto, en las Cortes (148) del siglo XVI repetidamente los procuradores le piden al Emperador que solicite del Papa que en cada ciudad o cabeza de obispado "aya un juez apostolico nombrado por el corregidor o su teniente que rresydiere en ella para que aya las dichas justicias e regimientos e a los dichos legos en grado de apelação..." (149) o que haya dos prelados "delegados y conservadores de nuestro muy santo pa

dre..." (150), quejándose de que las apelaciones a Roma resultan tan lentas y costosas que habitualmente quedan desiertas (151).

Los glosadores civilistas tomaron del derecho canónico este recurso directo al juez supremo y lo atribuyeron al Emperador en el campo del derecho secular (152), pues en el Derecho Romano aunque se había dado en circunstancias excepcionales, había primado en carácter "gratim" de la apelación (153). En Castilla no se reconoció la apelación omisso medio al Emperador, pero en virtud de los principios "Rex est imperator in regno suo" y el de "mayoría de justicia", esta facultad era asimilable a la figura del Rey. Ya desde las Partidas era posible la apelación omisso medio al rey "... si alguno quisiese luego tomar la primera alzada para el rey ante que pasase por los otros jueces, decimos que bien puede facer; et esto porque el rey ha señorio sobre todos et puedelos judgar" (145). Sin embargo parece que esta posibilidad fue tomada directamente del derecho canónico, estableciendo un paralelo entre el Rey y el Papa como "ordinarius cunctorum" (155) cada uno en su respectiva área jurisdiccional (156). De cualquiera manera el concepto del Rey como "supremo juez" (157), titular de la suprema y plena (158) jurisdicción, persiste desde la Baja Edad Media (159), hasta el final del antiguo régimen, y a lo largo de este lapso de tiempo el fundamento originario de la "mayoría de justicia" se asimilará a la concepción del derecho divino de los reyes (160). Este recurso excepcional tuvo probablemente como

piensa Villapalos (161) una utilización limitada en la práctica como -  
 apelación estrictamente judicial, pues si se dió sería por la vía de la  
 apelación extrajudicial o de la simple querrela, y su uso se fue res -  
 tringiendo con el tiempo (162). Pero no puede ignorarse que tuvo un uso  
 político importante: principalmente en el intento real de recuperar la=  
 jurisdicción que desde la Alta Edad Media se había concedido a los titu=  
 lares de señoríos (163), y en la posibilidad que le brindaba a la perso=  
 na real de evocar para sí causas graves, sin necesidad de que pasaran -  
 por otras instancias intermedias y de evitar, en consecuencia, dilacio=  
 nes en la resolución de los procesos (164). Pero ya desde época temprana,  
 estos recursos omisso medio no eran atendidos personalmente por el=  
 Rey, sino que éste los delegaba bien en una persona determinada de su -  
 confianza (165), o bien en el Consejo Real (166), caso este último que=  
 debió ser el más habitual (167).

## 2.2. El Orden Especial de las Apelaciones de los Señoríos

El problema de las apelaciones de tierras de señorío se plantea por=  
 primera vez en las Cortes de Valladolid de 1325, donde se denuncia=  
 el hecho de que las alzadas de los señoríos no van "a aquellas ciuda=  
 des e villas a que solían venir..." (168). Estas quejas sobre la obs=  
 trucción de la justicia que los señores hacen no concediendo las ape=  
 laciones ni para las ciudades ni para el tribunal de la corte del -



rey, se repiten en las Cortes de Toro de 1.371 (169), y Enrique II - en las Cortes de Burgos de 1.379, establece la posibilidad de apelar directamente al Rey o "ante los nuestros alcalles" de cualquier sentencia de jueces de señorío (170). Esta medida debió causar bastante descontento entre los señores, alarmándose ante la vía abierta a una intervención real directa en su esfera de poder cuasi autárquica, y debieron dificultar más aún la posibilidad de recurrir a la justicia real (171) con lo cual el problema volvió a plantearse otra vez en las Cortes de Guadalajara 1.390 (172), donde se resolvió definitivamente la vía de apelaciones de señorío. La resolución del problema supuso una claudicación (173) parcial del poder real pues se estableció una primera apelación para ante el señor o su lugarteniente, grado que debía ser agotado por el vasallo antes de recurrir en una segunda apelación al Rey o a su Tribunal. A pesar de esta concesión a la jurisdicción señorial, el sistema no debió prosperar como lo muestran las repetidas quejas de Cortes siguientes (174) en las que los procuradores siguen lamentándose de que las apelaciones no llegan jamás al Tribunal Real (175).

En las Cortes de Ocaña 1.442, Juan II vuelve a ordenar que las apelaciones de señoríos vayan a las "ciudades e villas, e logares delos mis rregnos que avian jurediccion en sus comarcas..." (176), pero debió generalizarse (177) el acudir a la vía omisso medio que Enrique II había dejado abierta en las Cortes de Burgos, norma que junto con

la de Ocaña pasó posteriormente a las recopilaciones, lo que no ocurrió con la vía gradatim señorial establecida por la pragmática de Guadalajara. En efecto, la apelación directa al Rey se recogió en las Ordenanzas Reales de Castilla (178) y en la Recopilación (179) y la Ley de Ocaña en las Ordenanzas Reales (180), en la Recopilación (181) y en la Novísima (182). Pero la célebre ley de Guadalajara, aunque no se encuentra recopilada, si fue sin embargo admitida por la doctrina como vigente (183), y aunque no faltaron opiniones discordantes (184), la literatura jurídica, especialmente la del S. XV y XVI, tendió a darle prioridad frente a la disposición de Ocaña (185), y a hacerle coexistir con la apelación directa al Rey, apelación que se calificó de "alternativa" (186) y de "acumulativa" (187). También se intentaron limitar los términos de esta concesión a la jurisdicción señorial, sin duda para favorecer a la real, entendiéndose que se podía apelar al Señor solo de las sentencias de los Alcaldes ordinarios del señorío, pero ciertamente no de las de su Alcalde Mayor o Teniente pues "siendo como es un mismo tribunal, el del juez y el del señor que le puso, no puede apelarse del uno para el otro" (188), como interpretaron los autores siguiendo a Covarrubias. A esta regla se hizo la excepción del caso en el que el Alcalde fuese propuesto por el concejo del lugar y elegido por el Señor (189), caso que debía ser frecuente según lo describe Castillo de Bovadilla (190). Con todo esto, podemos decir que el orden de las apelaciones de las tierras de señorío estaba estructurado, desde finales del S. =

XIV (191) de la siguiente manera: de las sentencias de los alcaldes= ordinarios de los señoríos podía apelarse primeramente, bien ante el Señor o su Alcalde Mayor, o bien (al menos teóricamente) (192) "a - las ciudades o villas donde siempre solían ir" es decir en aquellos= territorios donde consuetudinariamente se acudía al concejo de las - ciudades próximas (193); y posteriormente en una segunda apelación - al Rey en sus Audiencias (194).

### 3. LA APELACION RECURSO TIPICO DE LA JURISDICCION ORDINARIA

La literatura jurídica de la Edad Moderna se ha referido con frecuencia al carácter de "legitimidad" del recurso de apelación, el cual se cifra en que todos sus trámites desde la interposición y la prosecución hasta la resolución están regulados por el Derecho (195), así como a su condición de recurso ordinario consistente en que no está limitado a cierto número de causas, sino que se emplea en general en todos los asuntos civiles y penales sin más excepción que la sentencia interlocutoria que no produzca perjuicio irreparable (196): "... las alzas porque son - mas comunales a todos..." como lo expresan las Partidas (197).

Esta condición de recurso ordinario de la apelación también supone que ésta deba ser determinada por un órgano dotado de jurisdicción ordinaria, lo cual excluye el ámbito de la jurisdicción delegada. No estudiamos ésta, porque aunque desde las fuentes bajomedievales (198) se proclama la apelabilidad general de todo juzgador, y de hecho existen recursos de apelación de los jueces comisarios, estas apelaciones presentan una serie de peculiaridades que las separan del concepto estricto de la apelación ordinaria.

En primer lugar los jueces delegados tienen una jurisdicción especial cometida generalmente "ad unam causam", "que quiere tanto decir como homes que han poderio de judgar algunos pleytos señalados, segunt les man

dan los reyes, o los adelantados o los otros jueces ordinarios" (199);= jurisdicción especial que las fuentes denominan "extraordinaria" (200)= en contraposición con la "ordinaria" (201).

En segundo lugar porque el orden de las apelaciones en la jurisdicción= delegada es distinto del de la ordinaria, intercalándose con frecuencia cláusulas exorbitantes como la de "apelación remota" o exclusión de - cualquier recurso, así como porque existen diferencias procedimentales= sustanciales, acudiéndose habitualmente a procedimientos sumarios, -"si ne strepito ni figura de juicio"- mientras que en la apelación es esen- cial su carácter procesal y formal, a lo que fue ajena la jurisdicción= comisarial (202).

A pesar de estar fuera del objeto de este trabajo, interesa sin embargo destacar algunas cuestiones importantes sobre la apelación en la juris- dicción delegada, como son el orden especial de estas apelaciones, el - significado de la cláusula "Appellatione Remota" y la prohibición a los jueces ordinarios de delegar su jurisdicción.

### 3.1. El Orden de Apelaciones en la Jurisdicción Delegada

Los glosadores del Derecho Romano, interesados ya por este tema - (203), por cuanto que era un fenómeno generalizado en las comunas -

italianas de su época (204), se encontraron con que el derecho antiguo ofrecía dos soluciones contradictorias: la solución más antigua de Ulpiano en el Digesto (205) establecía que las apelaciones de las sentencias de jueces delegados debían ir ante el superior jerárquico del delegante, mientras que el derecho post-clásico del Codex consideraba que debían interponerse ante el mismo delegante (206). Esta última solución parecía más lineal y más práctica, por lo cual la glosa tomó como norma general (207), restringiendo la tesis ulpiana a los casos de apelaciones de sentencias de un subdelegado "ad unam causam" que lo fuese a su vez un delegado "ad universitatem causarum" (208). Solo en esta hipótesis las apelaciones irían ante el superior del delegante (209), con la importante excepción de las causas en las que el superior del delegante fuese emperador, pues en este caso se seguiría la regla general de apelar al delegante (210).

Este esquema fue recibido en el Espéculo y las Partidas (211) donde se establece que de la sentencia del delegado real se apela solo al rey (212), mientras que la apelación del subdelegado real va siempre ante el primer delegado (213).

En cuanto al tema de las subdelegaciones de jurisdicción la primera glosa sólo había reconocido la validez de las subdelegaciones cuyo primer delegante fuese el príncipe, y la generación de Azzo había considerado que solo el juez delegado "ad universitatem causarum"

(que se equiparaba con el juez ordinario) (214) podía a su vez subdelegar "ad unam causam" aunque nunca la totalidad de su jurisdicción (215). El derecho castellano prohibió las delegaciones totales de jurisdicción (216), pero permitió en algunos casos delegaciones parciales y temporales por causas graves como la enfermedad del juez, "si fueren dolientes o flacos" (217), su ausencia por mandato del rey (218), o necesidad imperiosa de ayuda "... por tal muchedumbre de pleytos..." (219), e incluso en el supuesto de causas poco importantes, como los pleitos de muy pequeña cuantía (220). En estos casos, las fuentes toman muchas precauciones para limitar el ámbito de la delegación (221): no se permite que el delegado conozca asuntos penales graves (222), y se aconseja al delegante que escoja "ome bueno", que "coñusca bien el derecho..." (223). Estos delegados de los jueces ordinarios, no tienen en principio, poder a su vez de subdelegar causas (224), salvo en el caso de que la causa estuviese "començada" antellós, por demanda y por rrespuesta..." (225), y siguiendo los principios del Derecho Común, las apelaciones de estos jueces subdelegados iban ante el primer delegante: esto es, el juez ordinario (226).

Pero interesa ahora dejar a un lado las delegaciones de jueces ordinarios inferiores y volver al tema de las delegaciones reales, pues toda la importancia del fenómeno que Hintze llamó la "revolución comisarial" (227) en la Edad Moderna, está basado en las comisiones que provenían del vértice de la pirámide judicial.

Desde las Partidas (228) quedó establecida la regla de que las apelaciones de los delegados reales van siempre al rey, por ser el delegante, pero pronto sería el Consejo Real (229) quien se ocupará de la "suprema jurisdicción Real" (230), y de quien emanarían las "cartas de comisión" y el encargo de pesquisas, ocupándose por tanto y como delegante en nombre del Rey, de las apelaciones de las sentencias de los jueces de comisión (231). En cuanto a las apelaciones de los jueces pesquisidores, ya desde la Ordenanza de Medina del Campo=1.489 (232), quedaba claramente regulado que viniendo del Rey o del Consejo la comisión, irían ante este último, siempre que "tales= jueces no llevaran poder de determinar" (233).

Casi un siglo más tarde la Recopilación dispondría que las apelaciones de jueces comisarios debían ir regularmente a las Audiencias y Chancillerías (234), salvo que la carta de comisión contuviese un mandato expreso de que "la apelación venga ante Nos, i ante los del= Nuestro Consejo" (235); pero según Castillo, "por estilo van indiferentemente a ellos o al Consejo donde emana la Comisión, donde quieren ocurrir los apelantes", aunque siguen perteneciendo privativamente al Consejo las apelaciones de jueces sin poder para sentenciar la causa, y de jueces que sean Alcaldes de Corte "porque son del cuerpo y orden del Consejo" (236), y desde luego aquellas que expresamente= estén evocadas para el supremo órgano.



Cuando Felipe III en 1.608 (237), estructuró el Consejo Real en dos Salas, una Sala de Gobierno y otra de Justicia, se siguió guardando el principio de apelación del delegado al delegante, pues se recurría siempre a la sala que había encargado la comisión objeto del recurso, aunque en caso de "proceder con especial cédula de su Magestad" debía apelarse a la sala no delegante (238). La sentencia que en el Consejo se diese sobre la apelación de comisiones, era desde luego, inapelable (239).

### 3.2. La exclusión de la Apelación: La cláusula "appellatione remota".

La exclusión de la apelación expresa en la delegación de una causa era una práctica originaria del Derecho Canónico (240), en el cual se habían difundido extensamente las delegaciones, y que pronto fue adoptada por el derecho secular (241). Como esta cláusula, a pesar de tener una utilidad evidente, suponía la pérdida de control sobre las decisiones de los delegados, desde el principio la doctrina intentó limitarla y darle una interpretación restrictiva. En primer lugar debía solo aplicarse aquellos casos en los que el derecho no concedía la apelación expresamente (242), y la cláusula que debía ser consignada "especial mientre" (243); se consideraba exclusivamente referida a los capítulos que en la carta de comisión la precedían; o como diría una Decretal: "... no comprehende los artículos subsi

guientes, sino solo los precedentes, a menos que se repita al fin de ellas" (244). En la jurisdicción secular se subrayó enfáticamente - desde el principio que tal cláusula sólo podía ser impuesta por el - príncipe pues un "tal mandamiento como este, non lo puede facer ningunt judgador que mandase oir pleitos señalados a otri sinon el rey= tan solamente" (245), y que además su validez estaba reducida a la - sentencia del delegado real, pues en el caso de una subdelegación de la causa, la cláusula no era susceptible de transmisión (246). El - fundamento jurídico de esta exclusión de la apelación, consiste en - que este recurso no pertenece al ámbito del derecho natural sino al= del derecho positivo, según Covarrubias (247), y por tanto el prínci= pe puede, en virtud de su "potestas tollendi leges" (248) exceptuarle, alegándose como fundamento práctico razones de economía procesal "cum lites non debeant esse inmortales, imo republicae conveniat eas dem cito definiri" (249).

La cláusula "sine remedio appellatione" afectaba no solo a la sentencia definitiva, sino también a la interlocutoria (250), y la prohibición se extendía a todos los litigantes en la causa, pero no perjudicaba al tercero que se oponía a la ejecución (251).

La doctrina canónica, siempre más elástica, mitigó la rigidez de esta prohibición, estableciendo que en el caso de sentencias "iniquas" (252), aún podía reclamarse, supuestamente a través de la simple que.

rella (253), aunque con estos remedios no se evitase la ejecución de la sentencia (254). En nuestro derecho castellano, algún autor como Gregorio López acudió a la vía de merced como posible recurso, ante una sentencia que contuviese un "gravamen notorio", estableciendo la posibilidad de una suplicación al príncipe (255). No obstante lo cual no parece que este remedio hubiese tenido trascendencia práctica, pues en muchos encargos de comisión se excluye todo recurso, con fórmulas como "rremota toda apelacion e suplicación e agravio e nullitat e todo otro rremedio" (256), y cuando decide atemperarse esta irrecurribilidad absoluta, tan solo se arbitra la vía de petición al rey (257). Por otra parte, si la utilización de esta cláusula respondía a la necesidad de zanjar cuestiones urgentes, lógicamente no interesaba abrir la vía de suplicación que sería un evidente obstáculo para la agilidad de un sistema que empleaba regularmente un procedimiento sumario, y que no podía consentir dilaciones en la resolución de la causa (258).

#### 4. LA APELACION RECURSO DE DERECHO COMUN

Conforme a la máxima de que "*appellatio iure comune nititur*" se le atribuye a la apelación carácter de recurso común frente, y por contraposición, a los recursos especiales (259). En efecto, la apelación se consideraba como el recurso "más comunal" (260), especialmente respecto de la suplicación (261), recurso que algún autor como Maldonado y Pardo calificó de extraordinario, por lo sumarísimo de su procedimiento, por concederse solo "*in certo genere causarum*" y por interponerse únicamente ante tribunales reales (262). Tampoco hay que pasar por alto que mientras la apelación, se inserta como institución estrictamente procesal entendida conforme al concepto de "defensa natural" (263) que de ella se tiene, la suplicación se funda hasta en su nombre en la concepción más o menos graciosa del príncipe: es la "*via de merced*" (264).

El objeto de la apelación, la revisión de una sentencia o acto procesal, también la separa nítidamente de toda una serie de medios de impugnación, que se dieron mucho desde la Baja Edad Media. Me refiero principalmente: a la apelación extrajudicial, la simple querrela y la provocatio ad causam.

#### 4.1. Diferencias con la Apelación Extrajudicial

En una época como la Baja Edad Media en la cual los recursos contra los actos de gobierno y los de oficiales reales sólo empezaban a elaborarse tímidamente (265), y en la que los remedios contra los actos abusivos de los señores poderosos tenían difícil solución, la posibilidad de recurrir contra una sentencia judicial en apelación como defensa del propio derecho no resultaba suficiente para salvaguardar la defensa de los súbditos. A este efecto se acudió a una forma de impugnación de actos que causaban agravio fuera del proceso, y se le llamó apelación extrajudicial, o como Morel (266) ha preferido llamarle "appel à gravamine". Siguiendo a este autor (267), pensamos que apelación extrajudicial, junto con la simple querella, son recursos que se elaboran en el siglo XIII, a partir de principios canónicos. Resultan de una especial simbiosis entre las apelaciones feudales y la apelación estructurada por el derecho romano-canónico, por cuanto que se apela del juez o del señor, -lo cual era perfectamente posible dentro del derecho feudal- (268), pero siguiendo el procedimiento que inspiraba el nuevo derecho común (269), a la vez que sus consecuencias se insertan perfectamente en el esquema feudal (270).

Las diferencias entre la apelación judicial y la extra judicial las trazaremos siguiendo el siguiente esquema (271):

- a) La apelación judicial es propia y la extrajudicial impropia (272)
- b) La judicial se interpone contra una sentencia en una causa ya comenzada, mientras que la extrajudicial procede en "causa non coep~~t~~  
ta" (273) de donde se llama "provocatio ad causam".
- c) Toda innovación, pendiente la apelación judicial, se revoca como= atentado, mientras que "gesta, apelatio extrajudicialis pendente, valent et non sunt nulla aut attentata..." (274).
- d) La apelación judicial solo se resuelve por un juez, lo cual no - ocurre con la extrajudicial (275); y además ese juez es siempre - el juez superior en grado respecto del "a quo", mientras que en - la extrajudicial la invocación se hace en general "ad superiorem= iudicis" (276).
- e) En la judicial la petición de "apostoli" es un trámite fundamen - tal, pero no así en la extrajudicial, en la que es una medida al - ternativa, "quando apostoli sint petendi, quando non..." (277).
- f) Para la interposición de la apelación judicial se requiere un - agravio judicial y pretérito que procede de una causa verdadera y legítima, mientras que para la extrajudicial basta que la causa - sea verosímil o probable, y el agravio futuro (278).

g) El carácter cronológico del "gravamen" es un punto esencial en la distinción entre estas dos figuras. La apelación judicial requiere necesariamente estar basada en la reclamación de un agravio - presente o pretérito contenido en una sentencia ya existente, - mientras que la extrajudicial puede basarse en un gravamen futuro, es decir en una posibilidad de ser agraviado (279), incluso - en el Speculo de Durante se llegará a decir que "Appellari potest non solum ex causa probabili, sed etiam ex dubia" (280). De hecho - en las fórmulas que de apelaciones extrajudiciales que ofrece en su obra, toma ejemplos como reclamaciones contra amenazas "extra- ius", como contra la posibilidad de ser molestado en la posesión de algún bien, o contra superiores que se niegan a confirmar cargos ya designados (281).

h) En cuanto a los plazos de interposición, ninguna diferencia existía en el derecho canónico, puesto que el plazo general para interponer toda apelación era de diez días, que afecta tanto a la apelación judicial como la extrajudicial (282). En nuestras fuentes bajomedievales el plazo para apelar también era de diez días (283), pero fue después reducido a cinco días (284), mientras que el plazo de interposición de la apelación extrajudicial se quedó en diez días (285). Pero el problema no consistía en la diferencia de términos, sino más bien en precisar desde que momento empezaban a correr. En la apelación judicial corrían desde el momento

de emisión del fallo, pero en la extrajudicial, si el gravamen era futuro, el plazo solo podía correr desde el momento que éste se producía efectivamente (286).

La apelación judicial también presenta diferencias sustanciales con otro recurso cuyo fin era una petición de reparación de agravios extrajudiciales, o de defectos jurídicos dentro del proceso que no admitían apelación, la "simple querella" (287). Aparte de que este medio de impugnación no seguía el principio gradatim, sino que se solía interponer "omisso medio" (288), la diferencia principal con la apelación estribaba en que la simple querella no producía ni efecto devolutivo ni suspensivo. No producía efecto devolutivo porque no comportaba una traslación de jurisdicción al juez superior (289), pues la causa era habitualmente devuelta al inferior con un mandato de que reparase el agravio (290). Tampoco producía efecto suspensivo, pues no suspendía el curso de la causa ante el juez inferior, sino que tan solo le suponía una prohibición de que efectuara nada en contra del agraviado (291). Por todas estas razones, se consideró que se trataba de los recursos que se excluían mutuamente (292).

#### 4.2. Diferencias con otros recursos

Por su naturaleza, la apelación también se distinguía nítidamente de otros recursos que, como la restitutio in integrum, suponían un nue-



vo juicio. La "restitutio", recurso concedido a personas privilegiadas como el menor, la Iglesia y el Fisco (293), operaba en el sentido de volver a enjuiciar una causa "ex novo" aunque no se hubiese apelado de ella, pues "Restitutio en latin tanto quiere decir en romance como tornar las cosas en aquel estado en que eran antes que fuese dado el juicio sobre ellas" como explicarán las Partidas (294). Era ciertamente un recurso, "ca quebrante los juicios... maguer non fuese tomada alzada dellos" (295), pero su naturaleza pertenecía a aquella del nuevo juicio porque "pide que sea oido de cabo" (296) y "razonar el pleyto como de primero" (297). En cambio, la apelación, a diferencia de cualquier nuevo juicio, se caracteriza por no ser una segunda instancia en sentido propio, sino más bien un procedimiento revisor, puesto que "causa appellationis est eadem cum prima causa..." (298), en razón de lo cual no se permiten nuevas acciones "quoniam appellatio non mutat naturam prioris causae..." (299), ni tampoco pueden presentarse las mismas alegaciones y pruebas que ya se adujeron en la primera instancia (300), con la excepción de las "nova reperta" y de las pruebas que en primera instancia se denegaron indebidamente, de aquellas que no se pudieron presentar; o si se trata de probar hechos nuevos o de conocimiento reciente (301). Pero este punto volveremos a tratarlo extensamente más adelante.

La apelación tiene como causa necesaria un gravamen, lo cual significa que la sentencia objeto de este tipo de recurso debe ser válida,

y dañosa para la parte que la impugna. Esta característica la diferencia de la nulidad, por cuanto que ésta se equiparaba prácticamente a la inexistencia de la sentencia (302), con lo cual la vía de apelación resultaba inútil, "ca lo que es nenguno, non le puede fazer alguno" (303). Las diferencias a este efecto entre la apelación y la nulidad se pueden cifrar básicamente en las siguientes:

- a) En el fundamento de la impugnación. La sentencia nula incurría en el ámbito del error de derecho, mientras que la sentencia válida solo contiene un error de hecho, conforme a la distinción proveniente del Derecho Romano (304). Asimismo la sentencia nula era aquella "contra el ius constitutionis", es decir contra el derecho objetivo, mientras que la sentencia era válida si solo violaba el "ius litigatoris", dañando los derechos subjetivos de las partes (305).
- b) En la acción. Mientras que la apelación sólo puede proponerse como acción impugnatoria, la nulidad proponerse como acción, mediante la "querella nullitatis", o como excepción en cualquier causa (306).
- c) En el juez ante quien se presentaba el recurso. Como sabemos la apelación sigue el principio que ha de ser dirigida al juez superior en grado, mientras que la nulidad puede proponerse ante el superior, o ante el mismo juez que dictó la sentencia (307).

d) En los plazos. En la apelación los "termini fatalia" suponen la -  
prescripción del derecho a la impugnación, si transcurren, pero -  
la nulidad no conoce la cosa juzgada, pues aunque el plazo de re-  
curso de nulidad está establecido perentoriamente (308), siempre=  
puede alegarse como excepción.

### III. CLASES DE APELACION

Los diversos autores establecen una tipología diferente que intentaremos exponer aquí lo más ordenadamente posible.

1. Por el carácter más o menos final de la resolución impugnada, Bartolo= distinguió (309) apelaciones:

- a) de sentencias definitivas, que ponían fin a una causa.
- b) de sentencias interlocutorias, que el juez dictaba antes de la definitiva.
- c) De otros actos extrajudiciales.

Con este mismo criterio se distinguió también (310) entre apelaciones:

- a) "Anteiudicialis" - o las interpuestas "ante litis contestationem".
- b) "Intraudicialis" - interpuestas entre la litis contestatio y la sentencia definitiva.
- c) "Iudicialis" - de la sentencia definitiva.

d) "Postiudicialis" - interpuestas contra los actos abusivos que extra limitaban la ejecución de la sentencia.

2. Por el objeto judicial o extrajudicial de la apelación, se dividieron en:

a) Apelaciones judiciales.

b) Apelaciones extrajudiciales (311).

3. Por los efectos de la apelación:

a) La apelación propia o judicial, lleva en principio aparejada ambos efectos, el devolutivo y el suspensivo.

b) La apelación impropia, como la extrajudicial, carece de ambos es - trictamente hablando (312).

4. Por el carácter jerárquico del recurso, ya hemos visto que podemos hablar de apelaciones graduales y "omisso medio" o per saltum.

5. Por la fundamentación más o menos válida, la apelación se clasificó en:

a) Legítima, que era la "interpuesta según derecho..." (313).

b) Frívola, que Elizondo describe como "la que es resistida por la disposición de las leyes, o porque no puede aprovechar en cosa alguna a las partes, o porque es imposible que surta jamás efecto alguno de derecho, o porque el fin la causa será calumniosa, aunque no aparezca tal al tiempo de la interposición...", con lo cual incluye en el concepto las apelaciones nulas de derecho, las que carecen de causa y las que tienen objeto imposible (314).

Según otra clasificación, que nos reporta Scaccia (315), la apelación legítima se divide a su vez en:

a) Apelación a sentencia definitiva.

b) Apelación a sentencia interlocutoria, subdividida en aquellas "ante contestationem litis" y "post contestaionem litis".

Mientras que la frívola admite las formas de "manifieste frivola, frustratoria et calumniosa", subclasificación a la que se ajusta bien la de Elizondo, recientemente descrita.

A diferencia de la apelación frívola, la válida se caracteriza por reunir una serie de requisitos entre los cuales se distinguió (316) en primer lugar entre requisitos de admisibilidad y requisitos de estimabilidad, los primeros al efecto de admitirse el recurso, y los segundos al efecto de -

poderse aceptar la petición de enmienda por el juez. Entre los requisitos de admisibilidad, se encuentran:

- a) La legitimidad del apelante. Excluidos de la legitimidad, por falta de capacidad procesal, están los "minus legitiman personam", que son los="servus, filius familias, monachus, furiosus, excommunicatus", etc.
- b) El plazo, es decir la apelación debe interponerse "debito tempore", si no prescribe el derecho (317).
- c) Ante el juez, o "coram iudicem a quo" (318).
- d) El libelo debe contener mención de la sentencia de la que se apela (319) y de la persona del apelante, "expressa qualitas sententiae et persona appellantis..." expressio rite facta" (320).
- e) Debe ser interpuesta ante el juez superior, pues la interpuesta "ad inferiorem nullam est", y debe seguirse el principio gradual, pues "saltem appellatio debet esse pura" (321).
- f) La petición de apóstolos, "apostolum petiti", es imprescindible (322).
- g) La invocación al superior en el libelo debe hacerse según la forma prescrita por el derecho local, "interposita secundum debita forma statuti loci respectu iudicis ad quem" (323).

- h) Si bien no es necesario consignar el nombre del juez ad quem (324), -  
tampoco puede hacerse una invocación general a todos los superiores, -  
pues "appellatio generaliter dicitur nulla" (325), sino que debe ape -  
larse "ante el juez competente" (326).
- i) Si la apelación fuese interpuesta por procurador, éste debe tener po -  
der suficiente otorgado por el "dominus liti" (327).



#### IV. EL NUMERO DE APELACIONES

El derecho romano post-clásico contenía la prohibición de apelar tres veces en una misma causa (328). Los glosadores (329) interpretaron esta limitación solo respecto de cada una de las partes en la causa, por lo cual podían caber cuatro apelaciones, dos por cada parte, en una misma causa (330). Esta norma fue también adoptada por el Derecho Canónico (331), y tempranamente recibida en todas nuestras fuentes castellanas bajo-medievales (332), en las cuales el número de apelaciones no podía pasar de dos.

Este número de apelaciones hipotéticas, suponía la posibilidad de que se dieran hasta cinco sentencias en un proceso -contando con la sentencia de la primera instancia-, lo cual planteaba problemas de lentitud en la administración de justicia, y pronto se vió en la necesidad de restringirlo. Como era imposible contravenir la autoridad del principio romano *justitium*, y además la extensión de las apelaciones se consideraba "favor público" y en un principio interesante para la política judicial regia que quería ver venir el mayor número de causas a sus tribunales (333), se acudió al argumento de la fuerza de las sentencias conformes para restringir el número de apelaciones posibles. Se estableció que tres sentencias conformes, -lo que suponía que la causa había pasado por dos instancias de apelación- tenían fuerza de cosa juzgada: "porque tenemos que el pleito es juzgado e examinado por tres juyzios acordados en uno, que es y fecho derecho" como explicará en *Espéculo* (334). Las Partidas también establecían -

que la sentencia confirmada por dos apelaciones sucesivas era insuplicable (335), norma que se ratifica en unas Ordenanzas de 1.502 de los Reyes Católicos, y pasa a la Recopilación de Castilla (336).

La limitación del número de apelaciones se justificaba (337) con varias razones de peso. En primer lugar los pleitos no podían eternizarse, y era conveniente que "los pleytos más prestamente se acaben y las partes alcancen su derecho" (338). En segundo lugar había que conceder una presunción de certeza a una sentencia por tres veces ratificada, "porque es presunción, que en boca de tales tres judgadores avrie todo derecho, e por esto non puede fazer alzada" (339). Y como último argumento, aquel de que "princeps potest tollere remedium appellationis" (340).

Sin embargo era necesario que las tres sentencias fuesen conformes pues, aunque "grave cosa serie aver ome a esperar sobre una cosa de quarto juicio... si por aventura el judgador del alzada revocase los dos juicios primeros, diciendo que non fueron dados derechamente, estonce bien se puede alzar la parte contra quien revocasen los juicios" (341), por lo cual si no se daban las tres conformes la parte agraviada podía apelar de nuevo. Esta posibilidad de apelar podía, sin embargo, verse frustrada por el hecho de que la sentencia de apelación disconforme se hubiese dado en la Audiencia, por lo cual resultaba inapelable (342). Para este caso ya unas Cortes de Briviesca de 1.387 (343) habían ofrecido una solución, que consistía en un "procedimiento de revista" ante los propios oidores de la Audiencia, en

el cual la parte exponía por escrito sus razones de agravio y pedía revocación o enmienda de la sentencia (344).

¿Pero en qué consistía este criterio de conformidad de las tres sentencias? Según Elizondo la conformidad consistía en la "identidad en la causa, cosa y personas litigiosas" (345). Las sentencias conformes debían presentar el mismo contenido, pues si una de ellas supusiese un nuevo gravamen (346) respecto de las anteriores, o si añadiese un nuevo capítulo (347), se rompía el criterio de conformidad y era por tanto susceptible de apelación. Pero esta identidad de contenido no debía en todos los casos ser interpretada literalmente, pues en el caso de añadir la tercera sentencia una condena en costas para el apelante, ésto no se consideraba como un nuevo gravamen (348).

Con todo ésto, cada parte contaba con dos apelaciones en una misma causa, y aún si hipotéticamente las hubiese agotado, podía en último término adherirse a la apelación de su contrario, en virtud del principio de que cualquier apelación es común a una y otra parte, y de esta forma perseguir su derecho (349).

La afirmación de que tres sentencias conformes producen cosa juzgada y por tanto causan ejecutoria, afectaba como hemos visto a la suplicación, pero no así a la nulidad, que podía interponerse siempre como excepción o como acción (350), ni a la restitutio in integrum" (351).

En la jurisdicción eclesiástica se siguió el principio de la "tertia conforme", según nos relatan algunos autores (352) pero en la jurisdicción se cular por evidentes razones prácticas hubo que restringir aún más el número de apelaciones conforme se adentraban en la Edad Moderna, excluyendo la apelación en las causas de cuantías muy pequeñas (353), o bien limitando a una sola apelación aquellas causas de menor cuantía que conocían en segunda instancia los Regimientos (354), en algunos casos estableciendo la ejecución de la sentencia doble conforme sin embargo de apelación (355).

Finalmente se zanjaba el problema en la Constitución de Cádiz de 1.812, cu yo artículo 285 establecía un máximo de tres instancias en todos los pleitos civiles con independencia de su cuantía, y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas (356) criterio por otra parte que tampoco se apartaba mucho del inicial; pues consignaba la posibilidad de dos apelaciones en cada causa.

## V. RASGOS Y ETAPAS DE SU EVOLUCION HISTORICA

### La Apelación en el Desarrollo del Proceso Romano-Canónico:

La apelación en el Derecho Romano (357) se presentaba ya en la etapa post - clásica como un remedio ordinario (358) de impugnación de la sentencia, ante una instancia superior. Esta posibilidad de atacar una sentencia aparece solo con el procedimiento de la *cognitio extra ordinem* (359), pues bajo el régimen del primitivo *ordo iudiciorum privatorum*, las partes escogían un *iudex* y *privatus* para solventar sus diferencias, y en el momento de la *litis contestatio* se obligaban a "*accipere iudicium*", esto es a aceptar plenamente la sentencia (360). El procedimiento de la *cognitio extra ordinem* suponía una superación del primitivo concepto de la *res iudicata* y del antiguo sistema de la *leges actiones*, porque el juzgador ya no era un intermediario libremente escogido por las partes, sino un representante del emperador que juzgaba con su "*auctoritas*", lo cual permitía la revisión de su decisión mediante un "*extraordinarium auxilium*" en una sentencia superior. El valor de la *litis contestatio* entre las partes en el proceso ya no gravitaba por tanto sobre un compromiso, o convenio arbitral, sino que consistía únicamente en un momento procesal determinado, el momento en que quedaban planteadas las posiciones de las partes en la *litis*. El resultado del litigio, la sentencia, producto de la actividad de un representante de la tutela estatal - que las partes habían reclamado, constituye ahora un acto público, impugnabile ante los superiores jerárquicos del juzgador.

Desde el punto de vista de su naturaleza, la apelación romana era la vía de impugnación por excelencia de una sentencia válida (361), y no constituía una revisión de la primera causa sino un verdadero "novum iudicium" que podía concluir con una nueva sentencia, y no solo con una simple confirmación o anulación del juicio anterior (362).

La descomposición del Imperio Romano llevaría consigo la disolución de las instancias jerárquicas que hacían posible la utilización de la apelación como remedio de impugnación de sentencias. Sin embargo, el sistema feudal imperante en los siglos altomedievales no sería totalmente ajeno a formas de supervisión de la actividad de los juzgadores. Los autores franceses que se han ocupado de este tema (363) hablan de dos "formas feudales de apelación" "la défaut de droit" o denegación de justicia por un juez y el "faux jugement" o juicio falso. El primer recurso, el de "denegación de justicia" consistía en obtener una reparación, ante el superior, de un juez que se ha negado a juzgar, con lo cual el recurso iba dirigido contra el juez mismo (364) y no contra su decisión judicial, por lo que no podemos hablar de apelación en su sentido estricto. Fournier quiso ver en las Leyes 19, 20, 21 y 22 del Título I del Libro II de la Lex Visigothorum un ejemplo claro de casos de "défaut de droit" (365), sin embargo el caso más evidente que hemos encontrado es la Ley 18 de ese mismo Código (366), que en el Fuero Juzgo está intitulada "Del iuez que non quiere oir aquel quel demanda quel faga derecho" (367), y en él se dan los elementos de indemnización por el juez a la parte, y del juramento del juez para probar su inocencia (368). En cuanto

al segundo recurso, el de "falso juicio", éste si apelaba de una sentencia por injusta o falsa, coincidiendo en este punto con la apelación romano-canónica aunque las diferencias del procedimiento fuesen profundas (369).

Sin embargo, ya se produjeron tempranas influencias canónicas en el proceso visigodo y alto-medieval, como lo demuestra la figura de la "apelación a juez sospechoso" contenida en la Ley 2a, Tit. I, Lib. II de la misma *Lex Visigothorum*, figura que ha estudiado, entre nosotros, Maldonado (370). Esta forma de apelación a "iudice suspecto" constituía en que la parte podía acudir al Obispo, para que éste tratase juntamente con el juez sospechoso la cuestión, y dictasen un fallo conjunto (371). Este tipo de "appellatio" provenía del Derecho Romano (372) y fue incorporada al Derecho Visigodo, a fin de hacer factible la autoridad, que desde Recaredo, se había reconocido a los obispos sobre los jueces laicos (373).

Como consecuencia de la necesidad de corregir los abusos e irregularidades que se daban en los juicios, y de la urgencia de regularizar el sistema de administración de justicia, después de la disolución del imperio carolingio, los canonistas comienzan por buscar vías para la impugnación de actos no sólo judiciales y definitivos, sino también "ante sententiam" y extrajudiciales (374). En otro sentido, el desarrollo de una institución como la apelación venía desde muy pronto favorecido por la temprana centralización que se operó en la estructura de la Iglesia. Esta centralización favorecía la tesis de que el Papa era "ordinarius conctorum" (375), y que por tanto -

toda jurisdicción era delegada. Como consecuencia directa de este planteamiento, se produjo una extensa difusión de la apelación "omisso medio" al Papa, y al mismo tiempo se aplicaba la regla de la apelación del delegado al delegante, acudiendo a la instancia superior jerárquica en busca de protección.

A pesar de que el Derecho Canónico recogió tempranamente los principios procesales romanos (376) para la elaboración de su propio sistema en enjuiciamiento, y que en la Escuela de Bolonia se hablaba sarcásticamente de él como tributario del derecho civil (377), no pueden pasarse por alto las profundas líneas de influencias que ejerció en su proceso civil, y en la institución de la apelación en particular.

Un rasgo importante de la influencia canónica fue la configuración de la doctrina de la "aequitas", por la cual, y con intención de fundar el proceso en un derecho más adecuado a la realidad, debía prevalecer una aplicación temperada y flexible del derecho escrito, debiendo el juez juzgar en justicia y equidad aún contra la costumbre (378). La independencia frente a la ley escrita y la superación del "iuris rigorem" venían también ayudados por la idea de "moderamen" o "temperantia" de la ley (379), pues por encima de ésta se imponía el fin de la justicia. Esta idea flexible del proceso dará lugar a la aparición de procedimientos como el expediente que se ventilaba "sine strepitu ni figura de iuryzio, solo la verdad sabida" (380).



Canónica fue también la concepción original de que la apelación procedía - del derecho natural a la justa defensa del derecho propio, aunque la institución estuviese encuadrada en el marco positivo de las leyes humanas (381) que la configuraban como un recurso gradual (382), por el cual la parte tenía acceso a la evocación de un juez superior para obtener una reparación - del agravio producido por el inferior.

La doctrina canonista concibió la apelación como un remedio contra la firmeza de la sentencia, partiendo de un concepto de "res iudicata" muy alejado del romano. Para el Derecho Canónico cosa juzgada no es algo conforme a la verdad formal, sino que desviándose del principio "ius facit inter partes" se atribuye la condición de cosa juzgada a todas las sentencias definitivas que han agotado los grados de jurisdicción -las tres sentencias conformes-, o sobre los que se han dejado transcurrir los términos para su impugnación (383). En la misma línea los derechos europeos desde el S. XIII, en su deseo de dar estabilidad a las relaciones jurídicas privadas derivadas del proceso -idea asociada a la aspiración burguesa de seguridad jurídica- establecen términos fatales para impugnar fallos judiciales (384) o decretan la convalidación de los vicios de las sentencias por haber agotado la vía jurisdiccional.

Por la diversa concepción de fondo sobre el proceso que el derecho canónico tenía frente al romano, y mediante la aplicación de la "aequitas canonica", se permitió la apelación "ante diffinitivam sententiam", lo cual en el sis-

tema romano solo se habían admitido muy excepcionalmente (385). La posibilidad de impugnar una sentencia interlocutoria entrañaba una idea del proceso como una serie de cuestiones encadenadas, distintas aunque conexas, que debían resolverse siguiendo un orden lógico, mientras que el proceso romano se concebía unitariamente, como una decisión única sobre un bien de la vida (386). La impugnación de sentencias interlocutorias iría ahondando en el proceso civil con el transcurso del tiempo, terminándose por distinguir entre las sentencias "meras interlocutorias" e "interlocutorias con fuerza de definitiva" (387), atribuyéndosele a esta última categoría la posibilidad de ser apelada, solución en la que convergería con el derecho canónico desde el Concilio de Trento (388).

Este juicio revisor que quebranta el anterior e interrumpe su firmeza, al basarse en la equidad, implica una cierta reacción antiformalista, que busca la justicia. Esto es lo que hace realmente que la apelación canónica sea un nuevo juicio, una verdadera nueva instancia frente a la anterior, en la que se acepta plenamente el "ius novorum" (389), superándose de esta forma el concepto alzada revisora, y constituyéndose en un recurso pleno rescindente y rescisorio del primer juicio.

Finalmente podemos establecer que los puntos irreductibles de la apelación romana y la canónica son:

- 1) La apelación "ante diffinitivam sententiam" y la apelación "extra iudicium".

2) La apelación de los jueces delegados, en cuanto que la introducción de la jurisdicción delegada de carácter extraordinario y especial, por los jueces ordinarios, por el procedimiento y por la inapelabilidad en ciertos casos de sus decisiones, es de origen canónico y fue sustancialmente desconocida por el derecho romano (390).

3) La posibilidad de introducir nuevas demandas o "nova capitula" en la segunda instancia.

4) La doctrina del "moderamen" contra el "iuris rigoris".

La apelación romano-canónica se insertó en el esquema jurisdiccional del mundo feudal (391), a pesar de chocar frontalmente con sus principios, por cuanto que posibilitaba la devolución de jurisdicción al rey y la suspensión de la del señor evocando para los jueces reales el conocimiento de las apelaciones de las sentencias de los jueces señoriales.

En Francia, donde el poder real estaba todavía en la Baja Edad Media más debilitado que en Castilla (392) frente a los señores feudales, fue a través de la vía de la jurisdicción eclesiástica por donde se emprendió el quebramiento del poder feudal en favor del fortalecimiento del real (393). Aunque ya en el S. XIII, San Luis había intentado difundir en Francia algunos principios de derecho romano a través de los "Etablissements" (texto que contenían una mezcla de derecho romano y derecho consuetudinario), este intento

fracasó ante la fortaleza del sistema feudal, y este pretendido texto oficial fue rechazado sistemáticamente por los Tribunales de los Barones. Sin embargo la demanda social respecto de la administración de justicia urgía la adopción de nuevas técnicas judiciales, por lo que se acudió a la Iglesia. La influencia del derecho canónico encontraba en esta situación un campo abonado, no solo por la presencia regular de eclesiásticos en los tribunales, sino también por la posibilidad abierta que tenían los litigantes de acudir a tribunales canónicos, los cuales por la vía de excomunión podían obligar a los tribunales seculares a ejecutar sus sentencias (394).

En cualquier caso, y como consecuencia de la coexistencia de los sistemas procesales feudal y romano-canónico, se va a difundir en Europa un sistema de impugnación de carácter mixto, tendente a fortalecer el poder real frente al feudal.

El sistema se caracterizaba en primer término por la admisión de recursos extrajudiciales de apelación "á gravamine" o de simple querella (395), con efectos de "provocatio ad causam" y de remisión de la querella al señor para que desagraviase, fundados en la posibilidad propia del sistema feudal de acudir al superior en busca de auxilio y protección, que ahora se encauza hacia el rey por medio de la apelación extrajudicial "omisso medio" (396).

Más tardíamente, a partir del S. XIV (397), el establecimiento de la posibilidad de interponer apelación judicial al tribunal real, aunque mediatizada por la fórmula transaccional de que previamente había que apelarse ante el señor o su lugarteniente, constituyó un poderoso instrumento político en manos del monarca, para revisar la actuación jurisdiccional de los señores y, con este pretexto, quebrantar de paso su poder, rompiendo la inmunidad jurisdiccional.

De esta forma la apelación se constituye en un instrumento político de primera magnitud, cuya utilización va dirigida a establecer de modo eficaz la presencia de la autoridad real, tanto en las tierras de señorío en las de realengo. Este avance, lento pero constante de la jurisdicción real hacia todos los puntos del sistema, que arranca del siglo XIII, para desembocar en el Estado Absoluto, se apoya en diversos principios tendenciales, coincidentes todos en afirmar la superioridad, primero, y la exclusividad después de la jurisdicción estatal sobre todas las causas.

Así, el principio de Mayoría de justicia, por el cual el Rey es titular de la "Jurisdicción Suprema" (398) y "no an mayores sobre si quanto en las cosas temporales" (399), asegura la intervención de la jurisdicción real "por mengua de justicia" en las tierras de señorío (400). Este principio va asociado a la idea de una jurisdicción atribuida al rey con carácter ordinario y universal en los procesos, así como a la invocabilidad del rey por la vía omisso medio como juez ordinario de todos (401); jurisdicción ordinaria

que se define como pública y real desde el Ordenamiento de Alcalá, que en su sistema de prelación de fuentes colocaba en primer lugar la normativa oficial reguladora del procedimiento judicial (402).

Si frente a los señores la mayoría de justicia opera garantizando la acción de la jurisdicción real mediante la revisión de sus sentencias -"via apellationis"-, en igual dirección actúa frente a la Iglesia el poder regio al recabar el conocimiento exclusivo de los asuntos seculares y la resolución de los conflictos de competencia planteados con la jurisdicción eclesiástica a la que se intenta limitar y reducir permanentemente. El problema de los conflictos entre ambas jurisdicciones arrancaba del hecho de que muchos eclesiásticos recibían delegaciones de jurisdicción secular (403), lo cual debió crear confusión a la hora de delimitar competencias entre las dos jurisdicciones, y desde luego constituyó una puerta abierta a las intromisiones de parte de la jurisdicción eclesiástica en las causas laicas (404). Desde una época bastante temprana se intentaron establecer reglas de delimitación competencial, sancionándose la nulidad de las apelaciones interjurisdiccionales (405), con especial referencia de alguna fuente, como el Espéculo, a la jurisdicción eclesiástica (406). A pesar de esto, se sostuvo una situación beligerante entre ambas, como lo demuestran las frecuentes quejas de los procuradores de Cortes entre los siglos XIV y XV, denunciando las constantes intromisiones de la Iglesia en la jurisdicción real (407), y la utilización del arma de la excomunión contra las justicias seculares que intentasen recuperar aquella (408). Ante esta situación, evidentemente peligrosa

para el poder real, este principio de exclusividad se traduce en primer lugar en la afirmación de que todas las causas seculares, independientemente de que las partes sean legas o eclesiásticas, deben someterse a la jurisdicción real (409). Seguidamente, en la exigencia de que los eclesiásticos con jurisdicción temporal pongan jueces y ejecutores legos de los que se pueda apelar en la vía ordinaria sin incurrir en excomunión (410). A la par de esta medida se pide que se limite la apelación al Papa, tanto gradatim como en su modalidad omisso medio, y que se establezcan en el reino jueces apostólicos que puedan conocer de esas apelaciones (411). Finalmente se postuló la apelabilidad de los jueces eclesiásticos, procediendo mediante los recursos de fuerza, ante los tribunales reales, por denegación de apelaciones justas o negativa de inhibirse del conocimiento de una causa secular (412).

Frente a los estamentos y territorios, la tendencia a la centralización en el reino castellano se manifestó muy pronto desde la política unificadora del derecho a través de la vía municipal de Fernando III y Alfonso X, mediante la concesión de unos mismos textos jurídicos a las ciudades, y el establecimiento de un derecho oficial en la Corte real por el cual se librasen las alzadas (413). Esta política, si bien encontró en un principio una fuerte resistencia social por parte de las ciudades que veían disminuir su ámbito de autonomía jurídica, consiguió eventualmente afirmarse desde el Ordenamiento de Alcalá en 1.348, donde se consolidó la preeminencia del derecho oficial frente al local (414). Esta necesidad de superación del localismo jurídico, motor primordial de la tendencia centralista bajomedieval, uni

da a la exigencia de garantizar la seguridad jurídica en la administración de justicia, se expresó en un sistema judicial bien definido y estructurado, que se manifiesta en la jerarquía de apelaciones que ya ofrecen el Espéculo y las Partidas, y en la existencia de unos tribunales superiores que agoten la vía jurisdiccional en nombre del rey, principalmente sus Audiencias y Chancillerías y el Consejo, así como la aplicación de un mismo derecho en el proceso; lo que pone de manifiesto que la tecnificación de las apelaciones entrañaba una enorme importancia política. Probablemente también se perseguía a través de esta unificación jurídica, una aplicación unitaria del derecho bajo la dirección de las Audiencias y el Consejo, más tarde conseguida mediante el principio de unidad de interpretación derivada del recurso de casación por infracción de ley o doctrina. Respecto de este tema, puede decirse que la aspiración a esta uniformidad se detecta ya en el siglo XIII, en la figura de la consulta de juez dudoso al rey, por la cual el juez que se encontraba indeciso en cuanto al derecho que debía aplicar en la resolución de una causa, podía solicitar información directa del propio rey, posibilidad que establece Alfonso X en unas Ordenanzas de 1.258 (415).

Este derecho regio que se desarrolla en Europa entre los siglos XIII y XVIII, va a encontrarse con que de sus propios gérmenes originarios, derivan una serie de fenómenos problemáticos, y, que en ocasiones resultan difíciles de superar, principalmente cuatro.



En primer lugar, el aumento lineal de los procedimientos especiales, y en particular de la jurisdicción delegada (416), que no solo crea problemas a la hora de determinar el órgano competente para juzgar las apelaciones de casos como visitas, residencias y pesquisas, sino que mediante las cartas de comisión por las que el Rey o el Consejo avocan para sí causas de cualquier naturaleza y designar un juez para ellos suponen una grave alteración en la administración de justicia y una quiebra en la vía jerárquica natural de los recursos (417). Por contra la revolución comisarial, como observó Otto Hintze, operó como acelerador de los cambios requeridos por una forma estatal orientada hacia el absolutismo.

En segundo lugar, la tecnificación de la función jurisdiccional ordinaria, determinó la identificación perfecta del juez legal en la apelación, y produjo un aumento progresivo de la utilización de este recurso, lo que llevó a la necesidad de establecer una división competencial de carácter territorial, principalmente mediante las Audiencias (418), y de carácter material, en cuanto a la cuantía de las causas (419).

Además, las primitivas concesiones de jurisdicción a los señores y a personas eclesiásticas y la continuidad en la Edad Moderna del fenómeno de señorialización, iban a suponer una lucha ardua y constante que el poder real tiene que librar para llevar a cabo la recuperación de su soberanía jurisdiccional. Si desde un principio se intentó delimitar las áreas entre la jurisdicción real y eclesiástica, por razón de la naturaleza de las causas

pertenecientes a una y otra (420), no fue así con la jurisdicción señorial, pues desde la Alta Edad Media (421) se le había reconocido competencia en la jurisdicción ordinaria, que no sería totalmente extinguida hasta la liquidación del Antiguo Régimen con la "abolición del régimen señorial", momento en el cual todos los derechos de carácter jurisdiccional de los señores quedarían "incorporados a la Nación" (422).

Finalmente, a consecuencia del aumento de apelaciones fue también la necesidad de desarrollar la separabilidad de los efectos de este recurso. En su concepción originaria, la interposición de la apelación entrañaba siempre la eficacia de ambos efectos de devolución y suspensión de la jurisdicción del "a quo"; principio de la apelación romana (423), que recibió la glosa civilista (424), el derecho canónico (425) y el derecho civil (426) medieval. La temprana proclamación de la apelabilidad general de todas las causas, pronto se encontró con que en aras de una administración eficaz de justicia (427), era necesario separar los dos efectos para restringir el suspensivo en las causas que por su carácter urgente (428) o grave, no admitían dilación en su ejecución. Quedaban desprovistas así, del efecto suspensivo, todas aquellas causas "de las cuales no debe apelarse" (429), o en las cuales el fin de gobierno y orden público (430) pesa más que el agravio que recibe la parte, estableciendo una reserva sustancial de todas aquellas causas que, por su conexión con el interés de la "res publica" interesaba resolver eficazmente y sin demora.

El siglo XIX apenas resultó innovador en el proceso histórico que desde la legislación alfonsina del siglo XIII había ido formando y desarrollando nuestro derecho procesal. La Constitución de 1.812 establecía una homogeneización territorial de las leyes de enjuiciamiento, proclamando la uniformidad procesal de toda la nación, y una limitación de instancias a tres por cada causa (431). En el campo de los recursos estos principios supusieron eventualmente la abolición de la suplicación (432) y la restitución (433), y por el contrario el nacimiento del recurso de casación a cargo del Tribunal Supremo (434). Para el ámbito de la apelación supusieron una estructuración completa y racional de su vehículo, el sistema jerárquico (435). Pero esto no significó un cambio estructural en el procedimiento. La Ley de Bases de 13 de mayo de 1.855 para la formación del primer código procesal ordenaba la compilación de las leyes y reglas del Enjuiciamiento Civil, en función de "Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes..." (436), intención que estuvo permanentemente presente en la comisión codificadora según nos relata Gómez de la Serna (437). La segunda Ley de Bases del 21 de junio de 1.880 para la reforma del enjuiciamiento civil, solo ordenada "reformular y publicar" la ya existente Ley de Enjuiciamiento, por lo cual el derecho procesal nunca recibió una nueva planta. Desde entonces, nuestros autores (438) han criticado incesantemente el fosilismo de nuestro sistema de enjuiciamiento, muy lejos ya de aquel orgullo con el cual Pérez y López en el siglo XVIII ostentaba el hecho de que "nuestro Derecho Patrio contiene y dicta... las más oportunas y sabias máximas, conformes la mayor parte con las del Derecho común de los Romanos" (439).

El objeto de la apelación en sus orígenes romanos, era una sentencia válida y definitiva, en el sentido estricto de ambos términos, puesto que las sentencias nulas lo eran de pleno derecho, y no necesitaban de una declaración de invalidez, y las sentencias no definitivas, o decisiones que "interloquendo" tomase el juez en el curso del proceso no tenían carácter independiente para ser impugnadas individualmente, sino que podían acumularse con la definitiva a efectos de la apelación.

El derecho común aceptó en general estos principios originalmente, pero pronto sintió la necesidad de matizarlos. En primer lugar, a pesar de recibir el concepto absoluto de nulidad romano, las exigencias de la práctica hicieron necesario buscar medios viables para hacer valer la nulidad de las decisiones judiciales, para lo que se desarrollaría un remedio como la "querella nullitatis". En segundo lugar, desde muy pronto empezó a distinguirse entre diferentes clases de decisiones interlocutorias cuya importancia y repercusiones en la causa hacían necesario y conveniente, que pudiesen ser apeladas con independencia de la decisión final.

La influencia del derecho canónico sería crucial en esta evolución; aparte de ser la querella de nulidad un recurso elaborado por la doctrina canónica, la nueva concepción que este derecho ofrecía del proceso, como una cadena de cuestiones conexas entre sí, pero de resolución independiente, tenía el efecto de desplazar su centro de gravedad de la sentencia definitiva, para repartirlo entre todo el continuum de decisiones que, a lo largo del iter procesal, in

flúan sobre la resolución final del negocio. Esta concepción que rompía con el concepto romano de univocidad del proceso, daría lugar a considerar la apelabilidad de las decisiones del juez, que aunque no fuesen la sentencia definitiva, le estaban equiparadas desde un punto de vista material.

Respecto de la determinación de las decisiones apelables, el derecho civil adoptó una postura restrictiva en general, en contraposición con el derecho canónico que aceptaba la apelación de cualquier gravamen. Para el derecho civil, aunque en principio toda sentencia definitiva era apelable, se exceptuaban de esta norma general todos aquellos casos en que la ley prohibía específicamente la apelación. El problema que presentaba la admisión de las causas al recurso de apelación estaba ligado al efecto suspensivo de éste: apelar de una sentencia suponía paralizar el estado procesal del negocio hasta la resolución del recurso. Por esto, al principio, temiendo precisamente que esta suspensión dilatase peligrosamente la resolución de causas urgentes, o aquellas que afectaban al interés público, se estableció una prohibición estricta de apelar de ciertos asuntos cuya resolución no admitía dilación, como por ejemplo las causas fiscales, o las relativas a cosas perecederas, si bien en estos casos cabía impugnación mediante formas de querella. La posibilidad que más tarde se ofreció de separar los efectos de la apelación, hizo que estas prohibiciones se limitasen únicamente al efecto suspensivo, por lo que la impugnación de estas causas se asimiló al concepto de apelación admisible en un solo efecto, lo que permitía revisar la causa sin entorpecer su ejecución o provisión urgente.

En esta línea de utilidad práctica, se aceptó tempranamente la apelación parcial de la sentencia. Las Partidas (1) ya establecían que la parte no tenía por qué impugnar la totalidad de la sentencia, sino que podía apelar de los capítulos de ella que le ocasionasen perjuicio, siempre en el caso de que "la demanda fuese fechora sobre muchas cosas, et el juez le diese en las unas por quito - et en las otras por vencido" (2). Esta posibilidad de apelar parcialmente de la sentencia resultaba útil por cuanto que el efecto suspensivo del recurso sólo afectaba a los artículos apelados, mientras que el resto de la sentencia adquiría firmeza. También suponía que la parte tenía acceso a la impugnación de artículos "accesorios" de la sentencia, como costas o liquidación de frutos, aunque la decisión judicial en sí no fuese apelable en lo principal (3).

En fin, puede concluirse que la línea de evolución general del tema del objeto del recurso de apelación, está marcada por la pugna entre dos direcciones de política procesal, difíciles de conciliar: por un lado el deseo de ampliar al máximo el marco de decisiones judiciales susceptibles de ser revisadas en un recurso de apelación, y por otro, la necesidad de mantener una actuación diligente y célebre como tónica general en la resolución de las causas y en la administración de justicia.

## I. LA SENTENCIA VALIDA

El concepto de validez de una sentencia debe delimitarse a partir del ámbito de nulidad, puesto que las fuentes no nos ofrecen un concepto claro de sentencia válida, sino que solamente aluden, bien a aquellas causas que invalidan la sentencia, o bien a los requisitos que las decisiones judiciales deben cumplir para producir los efectos que el derecho había previsto para ellas. Estos supuestos, aunque son de por sí difíciles de agrupar sistemáticamente, pueden reunirse bajo diversos apartados de motivos de nulidad, que pasamos a examinar.

73/11

## **CAPITULO II**

### **EL OBJETO DE LA APELACION**



# 1. NULIDAD POR FALTA DE UN PRESUPUESTO PROCESAL EN LAS PARTES

Respecto de las partes litigantes, la disminuida capacidad procesal, o -  
falta de ella, sin la representación necesaria invalida cualquier senten-  
cia: las fuentes mencionan al menor de veinticinco años, al "loco o desme-  
moriado", "non estando su guardador delante que lo defendiese", o el " -  
"siervo de otri, non estando hi su señor que lo amparase", invalidez que=  
curiosamente no actúa cuando la sentencia "lo diesen a pro dellos" (4), -  
con lo cual se revela como norma esencialmente protectora de estos perso-  
najes disminuidos. En cuanto a la postulación procesal, el procurador -  
"falso", o aquel que no hubiese demostrado suficientemente su poder, es -  
causa también de la nulidad de actuaciones (5).

Las causas de nulidad "por razón de las personas de los juzgadores" son: -  
que el juzgador sea una persona expresamente prohibida por la ley para la  
función judicial, como las personas físicamente disminuidas, las mujeres=  
y los siervos (6); o "aquel que non oviese ningún poder de judgar" (7). -  
La validez de las decisiones del juez está constreñida a los límites de -  
su "jurediccion" -lo que hoy llamamos competencia- tanto en su aspecto te-  
rritorial "si el judgador diese juicio estando en tierra fuera de su jure  
dicion en que non hobiese poderio de judgar" (8), como en el material: -  
"non debe valer el juicio quando fuere dado contra alguno que non sea de=  
su jurediccion del judgador" (9). En este segundo sentido se hace referen-  
cia especial en casi todas las fuentes a la competencia material propia -

de la jurisdicción eclesiástica: "... si alguno judgase pleito que perteneciese a santa eglesia... que non valdrie su juyzio" (10), y el Espéculo añade la nulidad de las actuaciones en las causas "que non pertenecen a otro ninguno a judgar, sinon al rey" (11); y aún llendo mas allá de las competencias terrenales, se estableció la invalidez de la sentencia "dada contra alguno despues que muere, porque pasó ya a poderio de otro judgador que ha á dar juicio sobre todos los otros" (12), haciendo una excepción en "pleyto de traycion et en otras cosas señaladas" (13). Otra causa de nulidad era la falta de libertad en la toma de decisiones judiciales o "pleito que sea fecho por fuerza o por miedo" (14).

## 2. NULIDAD DE LA SENTENCIA PRONUNCIADA SIN LA DEBIDA FORMA

La sentencia debía ser dada "de dia e non de noche" (15) y en días habi - les (16), es decir no en "días feriados", que las Partidas señalan como - fiestas religiosas, fiestas oficiales en honor del rey, y días "pro comu - nal de todos... en que cogen el pan e el vino" (17). También, so pena de - nulidad debía emitirse en el plazo establecido por la ley, o si se trata - ba de una causa delegada, el delegante debía emitir el fallo dentro del - término "en que les fue otorgado poder de judgar" (18).

El lugar de emisión del fallo debía ser preferiblemente un "lugar senala - do" por el rey, pero sino, siempre un lugar conocido -posada o casa- don - de no judguen "ascondidamente, todavia syendo y omes buenos delante" (19) pues el juicio fallado "en logar desconyeniente, asi como en la taberna o en otro logar que fuese desaguizado para judgar" sería nulo, así como "si lo diese estando en pie et non seyendo asesegadamente..." (20).

La sentencia debía darse por escrito (21) y el juez debía leerla él mismo a las partes, aunque si no sabia leer podía "mandar a otro que lea el jui - cio, estando el delante" (22). La presencia de las partes en este acto de publicación es importante, por lo que la falta de citación a la lectura - de la sentencia determina su nulidad (23).

En el caso de ser un órgano colegiado el que tuviere que conocer de la -

causa, la sentencia debía ser fallada por todos "los juzgadores a quien -  
fue mandado juzgar" (24).

### 3. NULIDAD POR OBJETO Y ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

El objeto de la sentencia debía ser posible. La nulidad de la sentencia - que contenía un "impossibile praeceptum" estaba sancionada en el derecho romano (25), pero en nuestras fuentes del s. XIII esta "imposibilidad" - aparece desdoblada en dos vertientes: imposibilidad física y moral, que - corresponde a los términos de juicio "contra natura" y juicio "contra buenas costumbres" (26). El verdadero "praeceptum impossibile" es la sentencia "contra natura", pues "es fecho sobre cosa que non pueda seer" (27) y "seria quando el judgador dixiese: tu posiste con fulan de darle un monte de oro, e mandote que gelo des, o posiste con él que andodieses en un dia cient leguas, o que volases..." (28). El criterio de posibilidad moral es td sujeto a las "buenas costumbres": "e contra buenas costumbres seria el juyzio, en que mandasse el judgador, que non fuesse ome leal a su Señor, o que matasse a otro, o si mandase alguna mujer que fiziesse maldat en su cuerpo con otri para pagar lo que devia" (29).

La formulación incongruente de la sentencia también determina su nulidad: "non es valedero el juicio en que non es dado claramente el demandado por quitto o por vencido" (30), y la sentencia debe ajustarse perfectamente a los puntos de la demanda: "Bien assi como fue fecha antel la demanda en - general, en aquella misma manera debe dar el juicio" (31) y los términos de la sentencia deben expresar con certeza y claridad los puntos de la de cisión judicial, determinando específicamente "la cosa o la quantia en -

que condenan al demandado" (32). Todo pronunciamiento "sobre otra cosa - que non perteneciese a la demanda" (33) invalida la sentencia "ipso iure".

#### 4. NULIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO

En un principio, "si la orden e la sustancia del Derecho non fue guarda - da" (34), en un proceso, la sentencia resultante de él era nula "ca orde- nadamente segunt que mandan las leyes deste nuestro libro debe el judga - dor andar por el pleyto..." (35). La violación pues, del "legitimum ordi- nem iudiciorum" (36) comportaba nulidad en cuanto a una serie de puntos - esenciales: principalmente la citación regular de las partes (37), el trá- mite de la litis contestatio (38), y la prueba de la demanda(39). De cual- quier manera la proclamación general de la nulidad de los procesos que no guardaban "el orden de los juicios" que las fuentes hacían, remitiéndose= en general a toda la minuciosa regulación que del nuevo proceso romano-ca- nónico se hacia, por ejemplo, en un texto tan exhaustivo como las Parti - das, debió desembocar en poco tiempo en una alegación masiva de nulida - des, por lo que hubo que flexibilizar las normas en este aspecto, para - que el intrincado sistema procesal común no resultase una carga insosteni- ble para la Castilla bajo-medieval. En 1.348 pues, el Ordenamiento de Al- calá establecía, en pro de la agilización de la administración de justi - cia, "que las sentencias e los procesos sean valederos maguer mengue en - ellos el orden del derecho" (40). Esta reacción antiformalista en contra= de "las sotileças de los derechos", ordenaba que aún "desfalleciendo las otras solepnidades, e substancias de la orden de los juicios", el proceso era válido "conteniéndose toda via en la demanda la cosa que el demanda - dor entiende demandar, e seyendo fallade provada la verdat del fecho por=

el proceso...", aunque en la demanda "faltare el pedimento", o no se hubiese "fecho juramento de calumnia", o que la sentencia "no fue leida por el Alcalde". Esta ley pasó además a las Ordenanzas Reales de Castilla (41) y a la Nueva y Novisima Recopilación (42), pero su redacción vaga e imprecisa hace que no podamos determinar que amplitud tuvo, en la práctica el ámbito de la nulidad en este aspecto.

Otra nulidad se desprendía de los vicios "in procedendo": aquella de la sentencia venal, o el juicio que fuese dado por dineros", "o por don con que oviesse corrompido al juez" (43) nulidad que iba acompañada de penas imponibles al juez venal (44) y a su corruptor (45). Sin embargo la nulidad por corrupción del juzgador no podía establecerse "ipso iure" por razones evidentes de control procesal, por lo que las Partidas abrían una vía de revocación de la sentencia venal, en un plazo de veinte años, mediante pruebas de la venalidad ante un juez, recurso que compartía con las sentencias dadas por falsos testimonios o pruebas (46), caso este último para el cual había sido elaborado desde la glosa esta forma de impugnación.

Los glosadores (47) en su contemplación de la validez o nulidad de la sentencia dada por falso testimonio se habían dividido en dos posturas: una, con Placentino favorable a la nulidad ipso iure, y otra que desde Azzo afirmaba su impugnabilidad mediante una restitutio, postura esta última que prevaleció en la Escuela, y que se recibió en nuestras fuentes del



s. XIII. Así, las Partidas (48) establecen que "la parte que se toviere - por agraviada" de "sentencia que fuese dada por cartas falsas o falsos - testigos", "debe pedir al juez como en manera de restitución que desate - aquel juicio... et probándolo asi débelo revocar el juez". Sin embargo, - fuentes más antiguas, una lejana como el Fuero Judgo (49), otra más cerca na como el Fuero Real (50), afirmaban que el pleito por "falso testimonio non debe ser desfecho, fuera si pudiese seer provado por buenas testimo - nias o por buen escripto", por lo cual también tenían presente su impugna bilidad, siendo la innovación de las Partidas la adopción de la forma re - cursal restitutoria (51). Por tanto las sentencias venales y falsas, re - quiriendo una forma procesal y un plazo para su revocación, se presentan como decisiones anulables, aunque por via independiente de la apelación..

## 5. NULIDAD DE LA SENTENCIA "CONTRA IUS"

En el derecho romano uno de los motivos más importantes de nulidad era el de la sentencia "contra leges et constitutiones", que aparece formulado en diversas fuentes (52). Algunos autores como Calamandrei (53) han visto en este motivo de nulidad un instrumento imperial de carácter político para hacer prevalecer la legislación oficial romana sobre los derechos locales que intentaban afirmarse en las zonas periféricas del Imperio. Para otro autor como Orestano (54), es una manifestación evidente de la tendencia progresiva del emperador a constituirse como fuente suprema del derecho. Lo cierto es que, establecer la nulidad de las sentencias que contravengan el derecho establecido, determina necesariamente una inexcusable subordinación del juez en su función jurisdiccional a la ley.

El desarrollo de este principio (55), estableció que solamente el error relativo a la existencia de la norma comportaba nulidad, frente al error sobre su interpretación o aplicabilidad que solo determinaba la anulabilidad. Asimismo, solamente el error de derecho era causa de nulidad, y no el error de hecho (56). Estos dos postulados sobre nulidad se conjugaban en la distinción entre el "ius constitutionis" y el "ius litigatoris" (57), por cuanto que la violación del primero suponía un error en la existencia de la norma, y acarreaba por tanto nulidad ipso iure, mientras que la violación del segundo, venía determinada por un error de hecho o de derecho respecto de los derechos subjetivos de las partes, que no invalidaban la sentencia, pero la convertían en impugnabile.

Los glosadores, si en un principio valoraron la nulidad de las decisiones judiciales "contra ius" desde perspectivas subjetivistas -como por ejemplo estableciendo la nulidad en función de la consciencia o inconsciencia del juez en la violación de la ley (58)- o atendiendo a criterios de la manifestación expresa o implícita del error de derecho en la sentencia (59), se recondujeron definitivamente al binomio de error de derecho y error de hecho (60), como determinantes respectivamente de la nulidad y de la apelabilidad de una sentencia.

En nuestras fuentes bajo-medievales se recoge también la nulidad de la sentencia "contra ius", referida precisamente al error de derecho específico que contemplaba el texto del Codex (61): Las Partidas (62) dirán "Contra ley o contra fuero seyendo dado algunt juicio non deve valer e es to serie quando en la sentencia fuese escripta alguna cosa que manifiestamente fuese contra la ley, como si dixese: mando que tal testamento que fizó fulan menor de catorce años que vala..." (63). El derecho cuya perpetración determina la nulidad es el "de las leyes deste nuestro libro" (64), y la nulidad se sanciona ipso iure y de forma absoluta: "el juicio que asi fuese dado maguer non se alzasen dél, non es valedero nin deben obrar por él, bien asi como si non fuese dado" (65), con lo cual las Partidas se constituían de forma general en el marco determinante de la legalidad de los actos procesales, por cuanto que subordinaban la propia existencia de las decisiones del juez, al entero complejo de su sistema normativo.

A propósito de este tema interesa llamar la atención sobre la sanción de nulidad que establecen las Partidas para las sentencias que hubiesen sido falladas por precedente judicial, "dado por fazañas de otro" (66), exceptuando convenientemente "aquella fazaña, de juicio que el rey oviese dado, ... porque la del rey ha fuerza, e deve valer como ley, en aquel pleito sobre que es dado, e en los otros que fueren semejantes", constituyendo de esta forma al rey, última instancia en los órganos de la administración de justicia en esta época, como en una especie de fuente jurisprudencial del derecho única en el sistema. Esta sanción de nulidad probablemente pretendía desplazar radicalmente el sistema de libre creación del derecho mediante fazañas que en muchas partes de Castilla (67) había surgido en la Alta Edad Media con motivo de la repoblación de ciertos territorios, sistema evidentemente inconveniente para la nueva tendencia unificadora y homogeneizadora del Derecho que encarnaban las Partidas. A este efecto, la prohibición de judgar por fazañas, se extendería por la doctrina a la asunción por la sentencia de la argumentación de otra precedente y similar, y la sanción de nulidad persistía aún cuando la fazaña que adoptase la sentencia se hubiese convertido en costumbre, según nos expone Gregorio López (68).

## 6. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA SENTENCIA CONDICIONAL

La misma ley de Partidas (69) que declara la nulidad de la sentencia "dada por fazañas", declara que tampoco "vale el juicio que es dado so condición", pero el alcance de esta supuesta invalidez es difícil de establecer desde el momento en que después de prohibir la sentencia condicional= añade que "si por aventura la diesen y ninguna de las partes se alzase... non lo podría después desatar por esta razón". Ante esta doble y equívoca apariencia de ilegitimidad y anulabilidad debemos acudir al trabajo de la glosa en busca de una interpretación, si al menos histórica, de este planteamiento confuso.

Los glosadores (70) habían encontrado normativa dispar respecto de este tema en el corpus justiniano. Varias normas del Codex (71) admitían la posibilidad de una sentencia condicionada a un juramento ("si iuraveris te absolvam"), mientras que un pasaje de Ulpiano en el Digesto (72), la prohibía, aunque admitía su apelabilidad en el caso de que se hubiese dado. La escuela se dividió en dos posturas contrarias, una favorable a la sentencia "sub. conditione", apoyada en los textos del Codex y probablemente en el peso que esta clase de sentencias tenían en la práctica procesal de una época en que el juramento jugaba un papel todavía importante (73). Otra rama de la escuela se aferraba literalmente a la prohibición ulpiana del Digesto. Desde Placentino (74) se tomó una postura intermedia: la sentencia condicional, a pesar de estar prohibida, es válida una vez pro-

nunciada, precisamente en base a su apelabilidad, con lo cual se volvía -  
de lleno al texto ulpiano, que es el que presenta nuestra normativa de -  
las Partidas.

Sobre esta exposición de los motivos principales de nulidad en las fuen -  
tes del s. XIII podemos concluir que el concepto de nulidad que presentan  
es un concepto absoluto, muy cercano a aquel de inexistencia del derecho=  
romano. El problema se plantea a la hora de dilucidar por que medios po -  
día hacerse valer esta invalidez ipso iure de la decisión judicial. Por -  
un lado, existía una prohibición expresa al juez de revisar o modificar -  
su sentencia (75), una vez fallada definitivamente, y por otro, la admi -  
sión de un recurso para hacer declarar la nulidad venía referido unicamen -  
te a una serie de casos taxativamente consignados en las fuentes, remedio  
asimilado a la "restitutio" (76), que como hemos visto era posible para -  
las sentencias dadas por precio, o por falsos testigos y pruebas.

Sin embargo esta situación de incertidumbre no era específica de las fuen -  
tes castellanas del S. XIII, sino más bien un reflejo de los planteamien -  
tos incompletos en que en esta época todavía se encontraba la Escuela de=  
Bologna. Para Skedl (77), los glosadores civilistas fueron incapaces de -  
salir al paso de las dificultades que planteaba la nulidad ipso iure de -  
una sentencia, en cuanto a los medios determinados por los cuales podía -  
hacerse valer su invalidez, y hubo que esperar a que los decretalistas de

la mitad del S. XIII, como Innocencio IV y el Ostiense, elaboraran la "querella nullitatis", que se plasmaría definitivamente a fines de siglo en el Espéculo de Guillermo Durante (78).

Padoa Schioppa (79), sin embargo, protesta ante este juicio negativo, pues para él fueron precisamente los glosadores del principio del *duocento* quienes empezaron admitiendo la posibilidad de acudir a un juez superior para obtener una declaración de nulidad, recogiendo una práctica contemporánea de las comunas italianas donde era frecuente la utilización del recurso de apelación contra las sentencias nulas. De esta manera, la glosa superaría el concepto antiguo de nulidad como inexistencia, superación esencial gracias a la cual sería más tarde posible, desarrollar la "querella nullitatis" y el principio de absorción de la nulidad en los medios de impugnación.

En el derecho castellano la regulación de un recurso de nulidad, o "querella nullitatis", se hará por primera vez en el Ordenamiento de Alcalá de 1.348 (80), y pasará a ser recogido por todas las recopilaciones hasta el S. XIX (81). Este recurso de nulidad se interpone en el plazo de sesenta días, bien ante el juez que dió la sentencia o ante el superior (82), y contra su sentencia cabe alzada o suplicación pero no una segunda nulidad. La nulidad podía alegarse de sentencias inapelables (83), pero también cabía acumularla como acción con la apelación (84), en cuyo caso debía hacerse en el plazo de ésta, aunque si la apelación quedase desierta podía continuarse la nulidad por sí sola (85).

La literatura jurídica entendió que la nulidad de una sentencia tenía<sup>(86)</sup>, sin embargo otra vía aparte de la acción directa mediante el recurso "nullitatis"<sup>(87)</sup>; podía siempre ser absorbida en la apelación "por incidencia" -<sup>(88)</sup>, apelándose frente al a quo de la sentencia como injusta y motivándose después la nulidad frente al juez superior <sup>(89)</sup>: Díez de Montalvo nos ofrece la fórmula para ello, una fórmula tomada directamente de Azzo: "di co sententiam ipso iure nullam, vel si qua est appellatio" <sup>(90)</sup>, y a continuación explica, siguiendo a Baldo, que tal apelación no presenta contradicciones, pues el remedio de la apelación se presenta por vía principal, mientras que la nulidad se presenta por la vía secundaria incidental <sup>(91)</sup>. Era labrecha que había abierto la glosa, y que estaría predestinada a pervivir durante siglos en el proceso civil: en el S. XVIII los escritos de apelación o "pedimentos" contienen habitualmente una cláusula referida a la nulidad "..." como gravoso a mi parte... salvo el derecho de nulidad, u otro debido recurso, apelo para ante S.M...", cláusula formula-<sup>r</sup>ia que determina que sea el juez a quo quien conozca sobre el artículo, pero en su defecto será el superior quien declare la nulidad <sup>(92)</sup>.



## II. LA SENTENCIA DEFINITIVA

El objeto por excelencia de la apelación desde sus orígenes romanos (93), - fue la sentencia definitiva, "que quiere tanto decir como juicio acabado - que da fin a la principal demanda, quitando o condenando al demandado", según las palabras de las Partidas (94), que establecían que toda sentencia definitiva era apelable (95), o cualquier "otro mandamiento o juicio que fi ciese el judgador andando por el pleyto ante que diese sentencia definitiva sobre el principal, non se puede nin debe ninguno alzar..." (96). La exclusión de la apelabilidad en aquellas decisiones que el juez hace "inter-lo - quendo" (97), "demientre corre el pleito" (98) sobre "algunas dubdas que - acaescen" (99) a lo largo del proceso, respondía fielmente a la prohibición de la apelación "ante sententiam" que había consignado la legislación justi nianea (100), y se justificaba con dos argumentos de bastante peso. En primer lugar por una razón de agilidad procesal, para que la resolución de las causas no se dilatase innecesariamente, y en segundo lugar porque la parte= que se sintiese agraviada por las decisiones "interloquendo" siempre podía= acudir al juez ad quem, apelando de la definitiva para obtener la repara - ción final y total de toda la causa (101). Además esta exclusión venía apo- yada por el hecho de que el juez no estaba vinculado inmediatamente a sus - propios sentencias interlocutorias, sino que podía revocarlas y modificar - las "fasta tercer dia si entendiere que erró" (102). La sanción contra la - violación de esta prohibición general era la nulidad, y una multa a la par- te, pues estas apelaciones contra interlocutorias se presumían siempre - "frustratorias" de la resolución diligente de la causa (103).

Esta prohibición general conocía, sin embargo una excepción importante en las fuentes: la sentencia que decretase dar tormento a alguna de las partes, y por extensión aquellas que dispusiesen "facer alguna otra cosa tortizadamente que fuese de tal natura que seyendo acabada non se podrie despues ligeramente emendar a menos de grant daño o de grant verguenza de aquel que se toviere agraviado della" (104). Estas excepciones estaban basadas en que el perjuicio que podían producir a la parte, podía resultar perfectamente irreparable en la apelación a la definitiva, y por tanto sus graves consecuencias debían ser ponderadas a tiempo (105). Esta excepción a la inapelabilidad general de la interlocutoria, en función de la irreparabilidad del daño que podía producir en la causa, sería la primera brecha abierta en el esquema cerrado que admitía unicamente la impugnación de sentencias definitivas, a través de la cual sería posible desarrollar una actitud más flexible respecto de las decisiones interlocutorias en el campo de la apelación.

El derecho canónico, por el contrario, no se planteaba la distinción entre definitivas e interlocutorias a efectos de la apelación, puesto que en virtud de su actitud más transigente presidida por la "equitas", cualquier decisión, de la naturaleza que fuese, podía ser apelada si la parte consideraba que le perjudicaba (106). El derecho civil era plenamente consciente de este principio canónico, a juzgar por las referencias de las fuentes: "segunt el derecho de las decretales usan agora en algunas tierras el contrario, alzándose de qualquier agraviamiento que el juez le faga" (107). Esta fue una cuestión sobre la cual las disciplinas canónica y civil se mantuvie

ron en posiciones opuestas durante siglos, pero en el terreno de la práctica no hay que olvidar que la influencia canónica era muy importante: las mismas palabras de las Partidas, "usan agora en algunas tierras", aunque desafortunadamente no podemos saber a qué territorios específicos se refieren nos ponen sobre aviso, pues ¿qué pasaba en Castilla al margen del esquema teórico procesal de un código tan completo como las Siete Partidas?

Anteriormente a la adopción del sistema común por los códigos alfonsinos, el Fuero Real había permitido la apelación de sentencias tanto definitivas como interlocutorias (108), no sabemos hasta qué punto influido por principios del derecho canónico, probablemente muy extendidos en la práctica procesal contemporánea. Por otro lado, fuentes posteriores a veces contenían normas que quizás aparentemente resultasen equívocas: las Leyes del Estilo no aceptaban apelaciones hasta la sentencia definitiva y sin embargo apuntaban hacia algún medio de impugnación si la decisión del juez resultase gravosa para la parte (109). El mismo Espéculo en algunos de sus textos resultaba confuso, por cuanto que proclamaba una apelabilidad general de la interlocutoria en algunos pasajes, limitándose pues mediante prohibiciones concretas (110).

Lo cierto es que en la primera mitad del s. XIV la legislación oficial vuelve a regular la prohibición de apelaciones a interlocutorias. Unas Cortes de Valladolid de 1312 (111) prohíben su admisión por los alcaldes de la corte, y la ley del Ordenamiento de Alcalá de 1348, que regularía definiti

vamente la cuestión, comienza por el reconocimiento de una realidad muy lejana a la que habían querido las Partidas: "Usaban los judgadores de la - nuestra Corte, e de las Cibdades, Villas, e logares de los nuestros Regnos= de otórgar e dar alcadas de qualesquier sentencias interlocutorias" (112).= Este ordenamiento procedía a limitar las apelaciones "ante diffinitivam sen tentiam", a aquellas decisiones que versaran sobre excepciones perentorias= (113), sobre artículos "que faga perjuicio al pleyto principal", excepcio - nes por incompetencia del juez, y la denegación por parte del juez a dar - traslado del proceso a las partes (114) o de declararse por recusado. Esta= regulación de Alcalá fue desde el punto de vista oficial la definitiva jun- to con las leyes de Partidas, a las que este ordenamiento ponía en vigor co mo fuente subsidiaria del derecho: el texto pasó a todas las recopilaciones castellanas (115).

La literatura jurídica desde el siglo XVI (116) hasta el S. XIX, combinando las normas establecidas en estas dos fuentes, Partidas y Ordenamiento de Al cála, sobre esta materia, explicó la apelabilidad de las sentencias interlo- cutorias en base a dos tipos de fundamentos: o bien por razón de la irrepa- rabilidad del daño que podía causar (117), o bien por su naturaleza de deci- sión "con fuerza de definitiva". Sin embargo a la hora de examinar la ca - suística ofrecida por los autores resulta evidente que la frontera entre es- tos dos grupos, estaba lejos de ser una línea nítida de separación. Algunos casos de interlocutorias apelables caen claramente en el grupo de decisio - nes que causan gravamen irreparable, como los autos de tortura (118), autos

sobre la legitimación de alguna parte (119), sobre admisión de testigos u otorgamiento de término de prueba (120), o sobre liquidación de frutos (121).

Las interlocutorias con fuerza de definitiva son aquellas que prejudgan sobre una cuestión principal, como mandamientos sobre la ejecución futura de la sentencia, o el auto que declara que un instrumento trae aparejada ejecución (122). Otros ejemplos, como decretos de captura, o el auto que decide sobre la competencia del juzgador (123), aunque se citan en este grupo no parece que necesariamente tuvieran fuerza de definitiva. Y es que el problema estaba en "et graduar la fuerza de definitiva y el daño", y en realidad era la condición de "irreparable" la que elevada a cierto grado, otorgaba a la interlocutoria fuerza de definitiva (124).

Intercalemos aquí, que si bien en un principio la postura cerrada civilista en este tema, pudo perfectamente ser influida por los principios canónicos= permisivos de toda apelación, en cuanto a la admisión de criterios más flexibles respecto de las impugnaciones "ante sententiam", en la segunda mitad del S. XVI, en el Concilio de Trento, los canonistas adoptaron el sistema civil en esta materia, limitando las apelaciones de interlocutorias a aquellas con "fuerza de definitiva" (125). Un transvase de influencias mutuas durante siglos había determinado que dos sistemas, originariamente situados en polos opuestos, convergiesen en un punto intermedio.

La primera Ley de Enjuiciamiento Civil modificaría este panorama, admitiendo indiferentemente las apelaciones de sentencias definitivas como las de (126) interlocutorias, si bien establecía diferencias en los procedimientos que debían seguir cada una de ellas: hablará de apelaciones de "providencias interlocutorias que decidan sobre un artículo", era la nueva denominación que se daba a aquellas "con el carácter de definitivas o que ocasionaban un perjuicio irreparable..." (127). Según Gómez de la Serna, ésta súbita modificación, causó problemas en la práctica, y tan gratuita debía parecer, "que no ha faltado quien haya creído que los redactores del código han incurrido en una omisión involuntaria no limitando expresamente aquella doctrina a las providencias que causen estado o que irroguen un perjuicio irreparable..." (128).

Sería quizás por los inconvenientes que en la práctica crearía esta modificación por lo cual la segunda Ley de Enjuiciamiento, volvería al sistema tradicional de admitir apelaciones de interlocutorias "que pongan término al juicio", equiparadas también a las sentencias definitivas (129) y "De los autos y providencias que causen perjuicio irreparable en definitiva", como establece en su artículo 384, números 2 y 3.

### III. LA SENTENCIA PENAL

La sentencia penal, en razón de su mayor importancia en el campo del orden público, no participó desde el principio de la apelabilidad de que disfrutaba en general la sentencia civil. En el derecho romano ya habían sido sometidas a una serie de limitaciones importantes las sentencias penales que enjuiciasen sobre delitos particularmente graves. El Codex (130) había enumerado cinco supuestos de delitos (homicidio, adulterio, envenenamiento, brujería y violencia manifiesta), que debidamente probados y confesados por el reo resultaban inapelables. El Digesto (131) había contemplado otros que aunque apelables, no admitían la suspensión de la ejecución de la pena: el delito de sedición y el robo manifiesto.

Esta prohibición de apelar de crímenes especialmente graves no perduró en las fuentes alto-medievales en sentido estricto, pero sí dejó su impronta: creó una presunción negativa en la vida del derecho en contra de las personas involucradas en tales delitos (132), y la prohibición de apelar tendió a generalizarse para todas las causas criminales. Esta tendencia contraria a la apelación de la sentencia penal llegó hasta las fuentes bajo-medievales que todavía no habían registrado el impacto de la recepción: el Fuero Real (133) prohíbe expresamente la alzada "en pleyto de justicia", y dos Leyes del Estilo especifican que esta prohibición viene referida solo a "los pleytos criminales, en que si fueren probados hay muerte o perdimiento de miembro" (134), medida que ratifica Al

fonso X en una carta a los alcaldes y merinos de Burgos, presumiblemente interpretando la prohibición absoluta del Fuero Real (135).

Fue quizás también esta herencia alto-medieval adversa a la posibilidad de enmienda de la sentencia penal, la que influyó en los glosadores para interpretar extensivamente las prohibiciones concretas de las fuentes romanas. Desde Azzo (136) se consideró que el reo convicto y confeso no sólo no podía apelar de las sentencias que versasen sobre los cinco delitos taxativamente establecidos por el Codex, sino que no podía apelar de ninguna otra causa penal. Respecto de los delitos de sedición y robo manifiesto que el Digesto había considerado apelables en un sólo efecto, Placentino, Azzo y Accursio negaron absolutamente la posibilidad de apelar en estas causas, bastando para ello que el reo fuese "convicto" aunque no hubiese confesado su culpa (137), opiniones que restringían considerablemente el principio romano, y que estarían destinadas a pasar a nuestras fuentes bajo-medievales.

El Espéculo y las Partidas recogen en un solo texto una curiosa mezcla de estos supuestos penales, que porque "yerran mucho contra Dios, et a nos et contra el pro comunal de los pueblos", estando el reo convicto o confeso, son inapelables: "Ladrones conocidos, et revolvedores de los pueblos, et los cabdillos o mayores dellos en aquellos malos bollicos, et los forzadores de las virgenes, o de las vibdas o de las otras mugeres religiosas, et los falsadores de oro, o de plata, o de moneda o"



de sello de rey, et los que matan a yerbas, o a traycion o aleve..." - (138). Esta ley de Partida contempla supuestos de gravedad peligrosa para la manutención del orden público y de la paz, por lo cual la prohibición de apelar que acarreaban estaban, como explicará la literatura jurídica posterior, fundadas en el "interés público" (139), en relación con el cual estos "delitos son tan atrozes, y enormes, que requieren breve, y exemplar castigo" (140).

La literatura jurídica (141) entendió que esta ley de Partida derogaba los textos del Fuero Real y Leyes del Estilo que consignaban en general la inapelabilidad de la sentencia penal, por lo cual desde ahora toda sentencia penal era apelable en principio, salvo los casos específicamente ennumerados por esta norma, cuando en ellos se obtuviese o bien prueba cierta o confesión del reo. La prohibición de apelar de las sentencias penales como principio, se consideró ahora por los autores del renacimiento como atentatoria contra las ideas humanitarias y lógicas más básicas. Para Bonifacio, por ejemplo, tal prohibición atentaba directamente contra Dios y contra la razón: contra Dios por cuanto que podía dar lugar al castigo de inocentes, y contra la razón, porque resultaba incoherente que las causas civiles de cuantías insignificantes admitiesen apelación, y sin embargo aquellas en que la integridad y la vida humana estaban en juego, no fuesen apelables (142).

Sin embargo esta nueva conquista de la apelabilidad de la sentencia pe -

nal, estaba sometida a muchas restricciones. En primer lugar, y siguiendo la norma elaborada por la glosa (143), el reo "convicto y confeso" en una causa no podía apelar de ella (144). La especialidad de la ley de Partida sobre crímenes "atrozes", respecto de esta regla consistía en que no se exigían los dos elementos sino solamente uno, bien la prueba cierta o la confesión, para que la sentencia fuese inmediatamente ejecutada (145). La confesión del reo a estos efectos debía ser "fecha en juicio sin premia", lo que significaba que no podía serle arrancada al reo bajo tormento, sino que debía proceder de él espontáneamente (146), aunque la confesión hecha bajo tormento era válida si se ratificaba después ante el juez (147). Respecto de la prueba cierta o convicción del reo, debía deducirse de la evidencia presentada "por buenos testigos" (148), en número de dos o tres como mínimo, de cuyos testimonios los hechos apareciesen "claros como la luz, de manera que no pueda sobre ellas venir duda alguna" (144).

La eficacia de este "concurso copulativo de la confesión y convicción del reo" (150) como prueba concluyente de la causa y excluyente del recurso de apelación, no solamente se entendió que afectaba a las causas criminales (151) sino que se extendió a las causas pecuniarias por la doctrina (152).

Otra restricción a la apelabilidad de las sentencias penales, se daba en aquellas causas que versasen sobre géneros de delito que por su frecuen-

cia en algún territorio determinado, atentaban contra el mantenimiento de la paz y del orden, y por lo tanto "para el escarmiento y aversión de aquel delito" (153), se ejecutaban las sentencias inmediatamente, sin embargo de apelación. Esta norma dispuesta en la séptima Partida (154), fue en cierta manera aprovechada y desarrollada por la legislación posterior. Los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal de 1.476 (155), ante el alarmante estado de inseguridad que reinaba en Castilla, reorganizan las Hermandades en las ciudades y villas, y estableciendo que una serie de delitos, especialmente aquellos de "salteamientos de caminos e rrobos de bienes muebles e semovientes... y quema de cassas e vynnas e mieses". debían ser juzgados por un procedimiento sumario, que en el caso hipotético de admitir apelación, nunca lo sería en el efecto suspensivo: "rescibiendo la querella e procediendo de su officio, auida la ynformacion.. e sabida la verdad simpliciter et de plano syn estrepitu ni figura de juycio lo condenen por su sentençia e la exeçuten...". En la misma línea aunque casi doscientos años después, una pragmática de Felipe IV de 1.663 (156) establecía la ejecutabilidad inmediata de las sentencias contra "salteadores de caminos o pueblos...", derogando expresamente para estos casos las garantías que las leyes establecían para el reo rebelde o ausente (157). Otra cédula de 1.783 (158), volvería a ordenar la ejecución sin dilación alguna de penas en delitos frecuentes como el robo, "a fin de que su castigo contenga la osadia de los demás vandidos". Por otra parte, no debe olvidarse que toda esta legislación esporádica que intenta detener la producción del desorden público, privando de garan

tías procesales a los reos de delitos frecuentes, está encuadrada en un sistema jurídico hostil en general a cualquier dilación en la ejecución de penas. En el campo que nos atañe, recuérdese que el orden de apelaciones (159) en la esfera penal es diferente y especialmente estricto frente al Civil: en líneas generales, de los alcaldes de Hermandad (160) se apelaba para la Sala del Crimen de las Audiencias y Chancillerías, o ante los Alcaldes de Corte, cuyas sentencias solo admitían un procedimiento de revista (161). En el campo de las garantías procesales, también los reos criminales estaban en situación de desventaja respecto de los civiles: por ejemplo los encausados en causa criminal detenidos en prisión, ni aún dando fianza, podían ser puestos en libertad para proseguir sus apelaciones, mientras que para los presos por causa pecuniaria era perfectamente posible (162).

Esta situación cambió a partir de la Constitución de Cádiz (163), donde se estableció toda una serie de garantías procesales en favor del reo,= garantías que desarrollaba el Reglamento Provisional de 1.835, que en su artículo 51,14 disponía que las sentencias penales, después de notificadas a las partes, apeladas o no "se remitirán desde luego los autos originales a la Audiencia del territorio con previa citación y emplazamiento de las mismas, siempre que la causa fuere sobre delito a que por la ley esté señalada pena corporal" (164), lo que suponía un procedimiento de revisión automático por el juez superior, de la causa.

#### IV. LA SENTENCIA ARBITRAL

En el tema de la apelabilidad de la sentencia arbitral nuestras fuentes jurídicas presentan una línea de evolución histórica confusa, pero de cualquier modo curiosa e interesante. Partiendo desde un principio de la inapelabilidad de la sentencia arbitral (165) -principio establecido por la glosa en una interpretación parcial del mosaico incoherente que la legislación del Corpus Iuris Civilis ofrecía sobre esta materia- (166) nuestras fuentes del Siglo XIII reflejan una recepción de ideas variadas e inconexas: por un lado presentan ya la diferenciación entre las figuras de arbiter y arbitrator (167), por otro dejan abierta la posibilidad de alguna forma de reclamación contra la sentencia del árbitro que se mostrase manifiestamente enemigo de alguna de las partes (168).

La inapelabilidad de la sentencia arbitral se fundamentaba en el hecho de que "los jueces avenidores non han poder de judgar asi como los otros jueces sinon por avenencia de las partes" (169), es decir que carecen de jurisdicción (170), y porque en definitiva las partes no estaban realmente vinculadas a la decisión arbitral salvo por la pena que habían estipulado en el compromiso, por lo cual, satisfaciendo al contrario la cantidad acordada para el caso de incumplimiento, la parte podía no obedecer la decisión del "judgador de aveniencia" (171). Sin embargo esta posibilidad se veía excluida en el caso de que las partes hubiesen

suscrito la sentencia o hubieran dejado transcurrir el plazo de diez días, pues entonces la decisión arbitral devenia ejecutoria (172).

Las Partidas (173) distinguían entre dos tipos de "Jueces avenidores": Arbitros y Arbitradores, cuya diferencia principal estribaba en que mientras el "arbiter" debía resolver la contienda entre las partes "segunt derecho", es decir siguiendo las fases del procedimiento "también como si fuesen jueces ordinarios" y sentenciando conforme a las prescripciones establecidas por las leyes, los "Arbitradores", o "alvedriadores e comunales amigos", tenían un poder dispositivo en cuanto a la forma de dirimir el litigio que se les había confiado, "en cualquiera manera que tovierén por bien". Las decisiones de estos últimos debían darse "a buena fe, e sin engaño", pues de otra manera, la sentencia "devese endereçar, e emendar segun alvedrio de algunos omes buenos": es decir contra la sentencia del arbitrator cabía una reclamación, lo que más tarde se llamará la "reductio ad arbitrium boni viri", por los comentaristas. Esta "reductio" era en sustancia un remedio equivalente a la apelación, tomado del derecho canónico, pero resultaba una apelación impropia por cuanto que carecía de efecto devolutivo, perteneciendo más bien al ámbito de las querellas (174). La "reductio" se interponía ante el Juez ordinario, según evolucionó en la práctica procesal (175) y era un remedio específico contra los laudos de los arbitradores (176), diferenciándoles de las sentencias arbitrales, que aunque en un principio se habían afirmado estrictamente irrecurribles, posteriormente y -

probablemente por influjo de la práctica, se aceptó que fuesen susceptibles de apelación.

En efecto, una ley de las Ordenanzas de Madrid de 1.505 (177), que pretendía poner fin al desorden y confusión que presentaban en la esfera procesal los laudos arbitrales, estableció que éstos eran apelables ante el juez ordinario, pudiéndose de nuevo apelar de éste ante los oidores de la Audiencia, de cuya sentencia confirmatoria de las anteriores decisiones no cabía recurso alguno. Se admitía también la posibilidad de apelar de la decisión del juez ordinario que hubiese juzgado sobre un laudo arbitratorio, por la "*reductio ad arbitrium boni viri*" (178),= apelación que se interponía para ante la Audiencia, cuyo fallo confirmatorio no admitía tampoco recurso. La ley también disponía que la tal sentencia arbitraria, podía ser ejecutada desde el momento que se daba, a petición de parte, siempre y cuando diese fianza suficiente, y se obligase a "*restituere lo que habiese recibido por virtud de la tal sentencia con los frutos y rentas... si la tal sentencia fuere revocada*",= en cuyo caso la apelación "*post executionem*" no podía producir su efecto típico suspensivo.

A pesar de esto la doctrina entendió que la apelación de la sentencia arbitral podía producir ambos efectos, devolutivo y suspensivo, en el caso de interponerse contra sentencia nula, o si se hiciese antes de que las partes suscribieron la sentencia (179), pues la apelación del

laudo se consideraba encuadrada en las reglas generales de este recurso, tanto respecto de procedimiento, como en materia de términos y plazos (180), aunque seguía siendo preceptivo pagar la multa estipulada en el compromiso para poder interponer la apelación (181).

La Ley de Enjuiciamiento de 1.855 dedicaba títulos diferentes a los juicios arbitrales y juicios de amigables componedores (182). Respecto de las sentencias arbitrales, admitía la apelación ante la Audiencia territorial (183), que se sustanciaría conforme a las reglas de la segunda instancia ordinaria (184), previo pago de la multa establecida en el compromiso (185). Contra la sentencia de apelación de la Audiencia sólo procedía recurso de Casación (186): ésta era la innovación más importante de la ley (187). Sin embargo la sentencia de los amigables componedores perdía con esta ley todas sus posibilidades de ser reclamada: se declaraba ejecutoria (188), y hasta se omitía en su escritura pública la tradicional sanción pecuniaria "porque siendo irreducible, inapelable y ejecutoria... sería ocioso poner penas para casos que no podrían llegar..." (189).

La Ley de 1.881 no modificaba sustancialmente las reglas establecidas para la apelación de la sentencia arbitral (190); sólo especificaba que su sustanciación seguiría el procedimiento establecido para la segunda instancia de las sentencias definitivas de juicios de mayor cuantía (191), y establecía que en el caso de apelar ambas partes, ninguna de



ellas pagaría la multa (192). Sin embargo resultó más generosa respecto de las sentencias de amigables componedores: contra las cuales admitió el recurso de casación en el plazo de veinte días, pasado el cual la sentencia devenía ejecutoria (193). Establecía también la forma en que la parte debía pedir la ejecución del laudo ante el juez de primera instancia: "se presentará testimonio de la escritura de compromiso y de la sentencia arbitral, librados por el Notario autorizante" (194), ejecución que podía pedirse aún interpuesto el recurso de casación si la parte prestase fianzas bastantes (195): es decir que la Ley de Enjuiciamiento de 1.881, para llenar la laguna que en este aspecto contenía su antecesora de 1.855, había retrocedido tres siglos para reasumir la solución que contenía ya la Ley de Madrid de 1.505 (196).

## V. OTRAS DECISIONES APELABLES

Entre las decisiones apelables que contemplan las Partidas hay algunas que no pertenecen al ámbito judicial contencioso, sino que algunas se encuadran en la jurisdicción voluntaria, como el nombramiento de tutor, hecho por el juez, y otras pertenecen al ámbito de la actividad administrativa, como los nombramientos de cargo público (197). En este último caso la persona electa para un cargo público municipal (198), podía apelar al rey, "para mostarle razon quisada si la hubiere por que non lo debe seer o non puede", es decir para excusarse del nombramiento, pero mientras se resolvía esta alzada, de los daños ocasionados por el descuido del cargo surgían responsabilidades, que podían resultar imputables al apelante, si se resolviese el recurso en contra suya, o a sus electores si se demostrase que "lo hicieron maliciosamente". Tenemos por tanto un recurso de apelación para hacer valer una "excusatio"; pero se trata de una apelación cuyo objeto es una elección administrativa, y cuya interposición no produce efecto suspensivo en el sentido lato del término (199), dos características que nos sitúan en el ámbito de la querella, mérito que el derecho romano ofrecía ya en algunos textos para la "excusatio" de magistraturas (200).

Sin embargo, también las fuentes romanas habían considerado la posibilidad de apelar como medio de excusarse de nombramientos a cargos públicos (201), textos sobre los cuales trabajaron preferentemente los glosa

dores (202), de donde viene probablemente la adopción por nuestras fuentes del término "apelar". Equívoco o no, el tema de las apelaciones a nombramiento de "munus", no se quedó en los textos del Siglo XIII (203) sino que la literatura posterior siguió mencionándolo en sus obras (204), hasta que el tema se absorbiese definitivamente en la esfera de regulación administrativa, a partir del Siglo XIX.

El nombramiento judicial de tutor o curador, "guardador de huérfanos et de sus bienes" (205), se regulaba por la misma Ley de Partidas, y era susceptible de una "excusatio" frente al juez, por parte del nombrado, en el plazo de cincuenta días. La apelación sólo tenía lugar si el juez no aceptaba la "excusa derecha" del interesado (206), pero al igual que en el tema anterior, si la apelación era desestimada (207) por el juez del alzado el apelante no sólo debía ocligatoriamente aceptar el cargo, sino que debía resarcir los daños producidos "por mengua de guarda", pues la apelación no podía detener el cumplimiento del cargo establecido por el juez por la gravedad de las consecuencias que podían derivarse de otro modo.

El Fuero Real (208), fuente castellana de la misma época, aunque anterior a las Partidas, declara inapelable el nombramiento de tutor, en el caso específico de "dar gobierno a niños pequeños", junto con otras causas (209) que por su naturaleza urgente, no admitían dilación en su ejecución, pero permitía que la parte agraviada "se pueda querellar". Esta querella se entendió posteriormente por la literatura jurídica

(210) como una apelación sin efecto suspensivo, que en la Novísima Recopilación se denomina (impropiamente respecto del concepto actual) "recurso de queja" (210). Lo importante de esta ley, está en que el mandamiento judicial de dar gobierno a niños pequeños" se interpretó extensivamente por los autores (212) a las sentencias que otorgan alimentos en general, que se consideraron inapelables en el efecto suspensivo (213)= por ser sentencias provisionales "cuyas resoluciones solo proveen interinamente la necesidad, para que no perezcan de hambre los interesados" (214).

Respecto del régimen de impugnación de estos dos tipos de sentencias pertenecientes al ámbito de la jurisdicción contenciosa, la Ley de Enjuiciamiento de 1.855, dispuso que sus apelaciones se ventilarían en la vía ordinaria (215), pasando de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, y no suponía gran innovación en lo demás; las sentencias de alimentos afirmativas solo eran apelables en un efecto (216), y las cuestiones suscitadas sobre el nombramiento de tutor, no le eximían al nombrado del cumplimiento de lo resuelto por el juez, como lo recogerá la segunda Ley de Enjuiciamiento (217).

Las fuentes del S. XIII preveían también la posibilidad de apelar de otros actos del juez, que aunque no se trataban de la sentencia definitiva, estaban relacionadas más o menos directamente con ella. En relación directa con la sentencia estaba el auto aclaratorio que el juez dictaba a petición de los litigantes "si acaeciese duda entre las par-

tes sobre las palabras del iuryzio que fuese dado entrellos", como dirá= el Espéculo (218). De este "declaramiento que el juez ficiere" sobre - qual fue su entencion quando dixo aquellas palabras", la parte que en - tendiese que la aclaración le causaba perjuicio, podía apelar de ella - (219).

Podía también apelarse de la "carta" o "relatio" que, un juez que tenía dudas sobre el derecho que debía aplicar en una causa, le mandaba al - rey, detallándole el proceso, a modo de consulta para obtener una res - puesta sobre la cual fundar su sentencia. Las Partidas establecían que= esta carta en la que el juez debía "fazer escribir todo el pleyto como= pasó ante ellos, bien e lealmente" (220), debía comunicarse a las par - tes "porque vean et entiendan si esta hi escripto todo lo que fue razo= nado et si fallaren que es hi alguna cosa crescida o menguada o camia da debela endereszar": la apelación tenía lugar cuando el juez se negaba a tener en cuenta las observaciones y correcciones de la partes respecto= de su "relatio" (221). Por otra parte la sentencia que el juez diese - fundada sobre la respuesta que el rey le enviare, era también apelable= "si alguna de las partes se toviere por agraciada de ella" (222). Nos - encontramos, en definitiva ante la institución romana de la "appellatio adversus rescriptum principis", tema que los glosadores habían retoma= do e incluido en el Derecho Común.

En el derecho romano esta "appellatio adversus rescriptum principis" -

(223) no iba, a pesar de su denominación, dirigida contra el rescripto del principe (224), sino que atacaba, bien la sentencia del juez fundada sobre el rescripto, que éste había solicitado mediante una "consultatio", según una opinión de Ulpiano (225), o bien iba dirigida contra la propia "consultatio" sobre la base de que contenía una relación falsa o inexacta de los hechos, según proponía Macro en otro pasaje del Digesto (226). Una constitución de Constantino (227) estableció posteriormente que la "relatio" del juez debía ser comunicada a las partes, quienes en el plazo de cinco días entregarían por escrito sus observaciones ("preces refutatorias"), que el juez incluía en la "relatio" que enviaba al emperador. Esta medida, según Orestano (228), hacía innecesaria la apelación de la "consultatio" del juez, y excluía además la posibilidad de apelar de la decisión imperial.

La glosa (229) había reelaborado el tema en el sentido de aceptar la solución de Ulpiano favorable a la impugnación de la sentencia basada en el "rescripto", y a declarar procedente la apelación en el caso de que el juez se negase a incluir en su "relatio" las "preces refutatorias" de las partes. De esta manera viene reflejado en nuestros textos jurídicos bajomedievales de las Partidas, el Espéculo y el Doctrinal.

Probablemente este tema de la apelación de "consulta de juez dudoso al rey" no pasó de estos textos, puesto que no fue recogida en las Recopilaciones, ni apenas tratado por la literatura jurídica (230), aunque



consulta a juez superior no se prohibió expresamente hasta el Reglamento Provisional de 1.835 (231). Por el contrario, el tema que antes tratábamos sobre las apelaciones de autos aclaratorios de la sentencia, - aunque tampoco viene recogida de nuevo en textos legales de los siglos= posteriores, podemos suponer que pervivió en el uso de la práctica, - puesto que la segunda Ley de Enjuiciamiento (232) la recogía. En este - código de 1.881 se disponía que la aclaración de una sentencia debía ha cerse dentro del día siguiente a su publicación, y que el plazo para in terponer recurso de apelación se contaría desde el momento de notifica- ción del auto aclaratorio, con lo cual se acumulaba la apelación de la= aclaración, a la de la sentencia (233).

## VI. LAS PROHIBICIONES DE APELAR

Por razones evidentes de interés público, las causas fiscales se declararon inapelables desde el principio. Las fuentes, sin embargo de prohibir la apelación si "alguno fuese vencido en juicio que debiese dar algo al rey, quier por razon de cuenta, o de pechos o de otra debda qualquier" (234), añadian que "ante debe ser apremiado que lo pague", reflejando así el principio de "solve et repete" destinado a pervivir en el sistema jurídico hasta la actualidad.

Los glosadores, al ocuparse de este tema, habían especificado que únicamente debían ser inapelables aquellas deudas fiscales que fuesen manifestas: "si apertum sit debitum non possit appellare" (235). Este planteamiento fue interpretado por la literatura jurídica (236) en el sentido de que bastaba la convicción del deudor público para que se le denegara el beneficio de la apelación. Las deudas privadas, en cambio, para resultar inapelables debían contar con la convicción y confesión del deudor (237), por lo cual la inapelabilidad únicamente basada en la convicción, resultaba una medida privilegiada y ventajosa para el Fisco y la "res pública".

La Recopilación también recogería la prohibición general de apelar de los "pleitos que son sobre nuestras rentas" (238), pero esta prohibición se entendió por los autores con relación al efecto suspensivo: las



causas fiscales eran apelables en un sólo efecto, la interposición del recurso no suspendía la ejecución de la sentencia sino que el deudor debía previamente pagar la deuda pública (239).

Las fuentes del siglo XIII (240) recogían otra prohibición de apelar: - aquella relativa al auto de ejecución de la sentencia, prohibición que presumiblemente respondía a la intención de evitar dilaciones en la terminación de las causas. Esta prohibición tenía una serie de excepciones, como habían dispuesto los glosadores del derecho común, referentes a - los "excesos" que el juez podía cometer en la ejecución (241), o a la - posibilidad de oponer una excepción perentoria hasta el último momento (242). El Espéculo (243) señala que si el juez intenta ejecutar la sentencia antes del plazo debido, la parte puede apelar, y las Flores del Derecho (244) añaden que también podrá apelar si "el executor feziere - mas de quanto le es mandado". Por su parte una ley del Estilo (245) que prohíbe dar "audiencia a la parte contra la ejecución" una vez que la - sentencia esté "pasada en cosa juzgada", permite a la parte oponer "defension perentoria" en el momento de la ejecución.

La razón de la inapelabilidad del auto de ejecución, norma que también recogía el derecho canónico (246) la explicará la literatura posterior en base a que la ejecución "intra limites iudicati" no altera la sustancia de la "res iudicata", ni induce un nuevo gravamen, sino que se limita a cumplir el mandato dispuesto en la sentencia que ya tiene la condi

ción de firme (247). Desde el punto de vista de este argumento, la ejecución que excediese los límites de su comisión, ya no tenía apoyo en la realización de la "res iudicata" y era por tanto impugnabile. Esta apelación contra los excesos cometidos en la ejecución, debía contener una expresión específica de los puntos en que el ejecutor se había excedido (248), y aunque se admitía en ambos efectos, el efecto suspensivo sólo afectaba precisamente a los excesos cometidos, y no a la parte de la ejecución que se ajustaba a los límites de lo dispuesto en la sentencia (244).

Junto con las causas excluidas de la apelación por decisión de la ley, se encontraban las causas que por decisión de las partes no admitían apelación: las partes litigantes podían renunciar previamente a apelar de la sentencia, mediante pacto o convención. Este tópico había sido elaborado por la glosa, pues al considerar injusto un texto de Ulpiano en el Digesto (250) que admitía la renuncia unilateral de una parte a la apelación, había exigido que se tratase en todo caso de una renuncia bilateral de ambas partes (251). De esta manera aparece recogida la norma en las fuentes castellanas (252), entre las cuales las Partidas declaran excluido el remedio de la apelación "si el demandador et el demandado fizieren postura entre si en juicio o fuera del, que non tomen alzada de la sentencia que diese el judgador contra alguno dellos...", y el Espéculo añade que la alzada que en todo caso se interpusiere sería nula "porque por la conposicion renuncia ome su derecho". Este pac-

to de no apelar, que podía hacerse "sive in iudicio sive extra" (253),= no exigía escritura, según los autores (254), y aunque excluía la posibilidad de apelar, no excluía la posibilidad de alegar nulidad contra la= sentencia (255). La convención de no apelar, era para la doctrina una - renuncia de carácter especial, pues frente a ella, la "simplici renun - tiatione", era en primer lugar de carácter unilateral, debía hacerse en juicio (256), y no solamente afectaba a la posibilidad de apelar sino - que determinaba en general una renuncia a cualquier recurso contra la - sentencia (257).

**CAPITULO III**

**LA LEGITIMACION EN EL RECURSO DE  
APELACION**

# 1. LA LEGITIMACION PARA APELAR

"El edicto de apelar o alçarse es prohibitorio. Por ende todo hombre puede= apelar que no se halle ser prohibido por el fuero": así introduce el tema= de la legitimación procesal para apelar un repertorio legislativo castellano del Siglo XVI (1). Estas palabras nos obligan a introducir algunas consideraciones sobre el concepto que de capacidad procesal de las partes, tie= nen las fuentes jurídicas en la baja edad media, especialmente el código de las Siete Partidas (2).

La atribución de capacidad procesal, o posibilidad de obrar por si en jui= cio, no viene específicamente recogida en las Partidas, sino que es neces= rio deducirla a sensu contrario de todas las limitaciones que a este respec= to se establecen. En principio, carecen de capacidad procesal, los siervos= "porque son en poder de otri, e non en el suyo" (3), las mujeres, "porque = non seria cosa guisada" que "pareciesen embueltas publicamente con los = omes" (4), los menores de veinticinco años (5), los incapaces mentales "que son fuera de su sentido" (6), los pródigos "o desgastadores de sus bienes"= (7), los religiosos "ca pues que el ha fecho voto para fincar en la orden,= tal cuenta han de fazer del como de ome muerto" (8). Textos anteriores a = las Partidas añadían limitaciones a la capacidad procesal de los condenados a la pena de infamia y a los descomulgados (9). Desde luego, la falta de capacidad procesal de estas personas suponía que para hacer valer sus dere =

chos en un proceso debían ser representados en juicio por procuradores o tutores.

Otras limitaciones a la capacidad procesal venían establecidas con relación al parentesco. Los hijos no podían demandar a sus padres o abuelos, estando bajo su patria potestad (10); y aún emancipados, para demandar a sus progenitores debían pedir permiso al juez, y nunca lo podrían hacer en el caso - de que "la demanda era atal, de que pudiesse nacer muerte, o perdimiento de miembro, o enfamamiento" -es decir, en causa criminal- (11). Esta prohibición de "mover pleito" criminal también se establecía para los hermanos (12), y en las relaciones domésticas, para los criados respecto de sus señores (13). Tampoco podían demandarse entre sí los conyuges, salvo por la tradicional causa de adulterio (14).

Teniendo en cuenta todas estas limitaciones, podemos aventurar que la capacidad procesal venía atribuida en general al hombre libre, mayor de edad, - que estuviese en posesión de sus facultades mentales, y gozase del libre - ejercicio de sus derechos civiles, tal y como estos venían configurados en esta época. La capacidad procesal no sólo se le reconocía a la persona natural, sino también a la persona colectiva, como el "Concejo de Ciudad o de Villa, o Cabildo de Iglesia, o Convento de Religiosos", entes que debían actuar a través de procuradores (15).

"Alzar se puede todo ome libre de juicio que fuese dado contra él si se sin tiene por agraviado" (16): las Partidas establecen un criterio objetivo de legitimación procesal para apelar, que unicamente considera la relación de gravamen que se establece entre la sentencia objeto del recurso, y el sujeto actor del mismo. Según este criterio no solamente están legitimados para apelar las partes, que lo fueron en la primera instancia, sino cualquier tercero que pueda deducir un interés legítima sobre la causa.

En primer término, la legitimación para apelar corresponde a las partes que participaron en primera instancia, sin que sea necesario comprobar la existencia de un interés particular para deducir el recurso, "aquellos contra quien son dados los juicios" (17), pueden usar del "ius appellandi", en espera de una reforma de la decisión a su favor. El interés en obtener una reforma del "agravio" se sobreentiende, puesto que al servicio de la reparación del gravamen, está precisamente instituido el recurso de la apelación: Este "agravio", motivo legitimador de la apelación de la parte, no se considera que incumba unicamente a la parte perdedora en primera instancia -"victus"- sino que también puede atañer al vendedor o "victor", cuanto éste a pesar de ganar la causa no considera satisfecha totalmente su pretensión procesal. Esta distinción entre la legitimación del "victus" y el "victor" para apelar de la sentencia, no tiene en realidad razón de ser, como piensa Orestano (18), puesto que la legitimación para apelar estaba basada en el principio romano general de "is cuius interest appellare potest" (19). Sin embargo, las fuentes del siglo XIII hacen mención expresa de la posibilidad

de apelar que tiene el vencedor en primera instancia: "otrosi a las vegadas se pueden alzar los otros por quien los dan (los juicios)... E esto seria,= quando aquel por quien dieren el juicio, tiene que no lo dan tan conplida - mente como deven; judgando, que la heredad que demandava con los frutos, le fuese dada sin los frutos; o non condenando al vencido en las despensas, - que fizo derechamente el vencedor del pleyto; o dando juicio de otra manera semejante desta, que non fuese cumplido segun la demanda..." (20).

Esta mención expresa de la legitimidad del "victor" para apelar, responde - como tantos otros temas de las fuentes de esta época, a la polémica que man - tuvo la escuela de la glosa sobre este punto: un autor como Ugolino había - negado la posibilidad de apelar al "victor" del artículo de la sentencia re - lativo a las costas, y algún otro glosador había afirmado que "solus enim - victus, quia sucubuit, appellat, victor non appellat..." (21). Azzo aclaró - el tema estableciendo que el victor no apelaba de la parte de la sentencia= que había sido dada a su favor, sino de aquella parte de su pretensión que= el juez había desestimado, en la cual era en definitiva "victus" respecto - de su adversario (22).

Después de esta precisión de Azzo se aceptó de forma general la legítima - ción del victor para apelar de los artículos de la sentencia que le supusie - sen en perjuicio, pero posteriormente los comentaristas introdujeron una li - mitación: el "victor" podía apelar pero solamente en el caso de que el "vic - tus" no lo hubiera hecho, puesto que si este hubiese apelado, una sola ape -



lación bastaba para que el "victor", probablemente por medio de la adhesión al recurso de su adversario, pudiese conseguir la satisfacción total de su pretensión. Así lo recogería la doctrina castellana de los siglos XV y XVI (23).

Legitimadas estaban la partes o "señores de los pleytos", para apelar, así como sus procuradores. La legitimación para actuar en una causa, desde el derecho romano (24), podía ser directa -"agere in nostro nomine"-, cuando el actor era el titular de la relación jurídica que se deducía en el litigio, o bien indirecta -"agere in alieno nomine"- cuando el actor representaba al titular verdadero o actuaba como su sustituto procesal. Entre los legitimados para actuar "in alieno nomine", se encontraban el cognitor, el procurator, el tutor y el curator" (25). En las Partidas y el Espéculo se reconocía la legitimación para apelar de aquellos que actuaban "in alieno nomine": tanto la del tutor (26), en interés de su pupilo, como la de "los otros personeros que demandan o defienden pleytos en nombre de otri" (27).

La legitimación para apelar del procurador (28) que hubiese representado a la parte en la primera instancia, estaba ya reconocida en el derecho romano (29). El problema que se plantearían los juristas medievales de la escuela de la Glosa sería hasta que punto estaba el procurador obligado a apelar de la causa que le había sido encomendada por el "dominus liti" (30). Para resolver el tema los glosadores habían comenzado por distinguir entre dos mo-

mentos diversos: el de la mera interposición del recurso, y la prosecución del mismo a lo largo de la segunda instancia. Algunos glosadores como Martino y Placentino habían afirmado que el procurador estaba obligado a llevar el proceso de apelación hasta el final, pero desde Bassiano, la escuela en general siguió la opinión de que el procurador sólo estaba obligado a interponer la apelación pero no a seguirla, y que esta obligación se derivaba del principio de "bona fide" que debía regir en todos sus actos en la resolución del negocio que se le había encomendado (31).

Las fuentes castellanas acogieron, con ciertas matizaciones, este criterio. Aunque la actuación del procurador debía ajustarse estrictamente a lo "otorgado e mandado por razón de personeria" (32) y que los límites del mandato coincidían con la emisión del fallo definitivo en la causa, pues "se acaba el oficio de personero luego quel judgador da juicio afinado sobre el pleito" (33), la obligación de apelar del procurador "cuando el juicio diese contra él o contra el otro cuyo personero fuese" (34), se consideraba un imperativo "débese alzar... maguer nol fuese otorgado poder para facerlo en la carta de la personeria" (35). Es decir la obligación de apelar se entendía comprendida dentro de los límites del mandato.

Respecto de la prosecución de la apelación en la segunda instancia, las fuentes en general entendían que era facultativo para el procurador seguirla o no. El Fuero Real establecía que podía "seguir al alzada por aquella personería misma, e si non la quisiere seguir, fágado saber al dueño de la

voz, que vaya o que envíe a otro personero..." (36), criterio que seguía el Espéculo (37), y una ley de Estilo que aseguraba que "en casa del rey" el personero podía "seguir al alzada sin nueva personeria" (38). Las Partidas por su parte contenían normas contradictorias. Una ley consideraba necesario un nuevo "otorgamiento del señor del pleyto" para "seguir el alzada" (39). Otra ley (40) establecía una distinción entre los casos en que el personero "fuese dado para pleyto señalado" y aquellos en que "fuere dado generalmente para todos los pleitos" -es decir entre mandato y representación.= En el primer caso el procurador venía obligado a interponer el recurso, y podía "seguir el alzada si quisiere" sin renovar su poder. En el segundo, "serie tenudo en todas guisas de alzarse et de seguir el alzada maguer non quisiese", caso que también se daba si en la "carta de personeria dixiese ciertamente que podiese o debiese seguir el alzada".

La doctrina (41) de los siglos siguientes, resolvió esta contradicción de las fuentes argumentando que los casos en que el procurador podía seguir la apelación sin nuevo poder, eran aquellos de sentencias interlocutorias, mientras que para proseguir apelaciones de sentencias definitivas, era necesario obtener un nuevo apoderamiento del "señor del pleyto", esto siempre que se tratase de un procurador "ad certam litem", pues un procurador "generaliter constitutus", estaba facultado por su "mandatum generale seu universale" para apelar en cualquier momento y de cualquier causa (42). De cualquier manera los autores aceptaron que el "mandato" del procurador, no tenía que contemplar especialmente el acto de apelación para que este fuese

válido (43), pero que el procurador que no tenía un "mandato general" (44), no podía seguir el recurso en la siguiente instancia (45).

Volviendo de nuevo a las fuentes del S. XIII, interesa ahora examinar las consecuencias que se seguían en el caso de que el procurador no interpusiese la apelación de la causa que había perdido. Las Partidas (46) establecían dos soluciones en el caso de que el procurador "non se alzase... nin lo fiziese saber a aquel cuyo era el pleito de como era vencido": en primer lugar el "señor del pleito" debía recurrir contra su personero (47), exigiéndole una indemnización por "todo lo que menoscabó por su culpa", y en el caso de que el procurador la satisficiera, la sentencia "fincara firme.. et non habrá razón el señor por que se alzar". Subsidiariamente, en el supuesto de que el procurador "non hobiese de que lo pechar", se le concedía al "dueño del pleito" la posibilidad de apelar (48) en un plazo de diez días "desde el día que lo supiere", es decir, una "restitutio ad appellandum". La razón de esta curiosa norma que supeditaba la posibilidad de apelar del "dominus liti" a la insolvencia de su procurador estaba, según la interpretación posterior de la Peregrina, en que con la indemnización del daño cesaba el perjuicio producido, y por tanto la causa del recurso: "si procurator solvat interesse damno non habet" (49).

En el caso en el que el Procurador fuese el representante de una comunidad de litigadores, o de un Concejo, Cabildo, Universidad, etc... y aquel no apelase de la sentencia, cualquiera de los colitigantes o de los miembros -

de la persona colectiva podía alzarse "por si e por los otros sus compañe -  
ros", aunque "nol le oviese otorgado poder para ello" (50), y la eficacia -  
de su apelación se extendía a todos los demás.

Legitimadas no estaban unicamente las partes que habían litigado en la pri-  
mera instancia, actuando "in proprio seu alieno nomine", sino también todos  
aquellos "a quien pertenesciese la pro et el daño que veniese de aquel jui-  
cio", como dirán las Partidas (51) "Pro et daño" es por tanto el "interés"=  
que legitima al tercero a recurrir de la causa en la que hasta ahora no ha-  
bía participado.

En el derecho romano, a pesar de la prohibición establecida para el tercero  
de apelar "in sententia inter alios iudicata" (52), había triunfado la nor-  
ma de Macro según la cual la legitimación para reclamar de una causa perte-  
necía a la persona que con justa causa tuviera interés en ello: "alio con -  
demnato is cuius interest appellare potest" (53). El desarrollo que este -  
principio tuvo, como título de legitimación de cualquier tercero que tuvie-  
se un interés propio y directo (54) en la causa, dio lugar en las fuentes -  
clásicas a toda una serie de casuística sobre los terceros, que por su rela-  
ción más o menos directa con el objeto del litigio se les reconocía el -  
"ius" o el "auxilium" de la apelación: el vendedor evicto (55), el "fideius-  
sor" (56), el legatario (57), el acreedor pignoraticio, (58), etc. Por otra  
parte, la figura del "procurator" sin mandato que podía asumir espontánea -

mente la representación de la parte en juicio, actuando como un "negotiorum gestor", cuyas actuaciones eran válidas siempre que la parte las ratificase posteriormente (59), dió entrada a la posibilidad de que terceros extraños a la relación deducida en el litigio, pudiesen apelar de una causa en nombre del interés de una de las partes. Eran los casos de las apelaciones interpuestas por los padres en favor de los hijos (60), de los hijos en representación del padre ausente (61), e incluso la del extraño en favor del reo condenado a muerte, caso este último para el cual, por razones humanitarias, no hacía falta que el condenado ratificase la apelación, sino que ésta se podía interponer aún en contra de su voluntad (62).

Los glosadores (63) recogieron toda esta casuística sobre la legitimación de terceros en el recurso de apelación de las fuentes romanas, englobando todos los casos dentro del concepto de "interés", para lo cual se distinguió entre dos esferas de interés: la pecuniaria y la afectiva (64). Según esta concepción extensiva, tanto legitimaba para apelar el interés pecuniario del acreedor pignoraticio, como el interés afectivo de la madre del reo. En el tema de la apelación de terceros extraños en favor del reo condenado a muerte, la glosa quiso derivar el interés de los vínculos fraternales, que unían a los hombres, "et pro hac cognatione ponitur hic humanitas" (65).

Las Partidas y las demás fuentes castellanas de la época, recibieron el esquema del Derecho Común, que poco modificaba al romano. El "pro et el daño"

de la sentencia no recurrida por las partes, legitimaba para apelar de ella a aquellos terceros que tuviesen un interés pecuniario sobre el objeto del litigio: el comprador evicto o el vendedor "porque es tenuto de facer sana la cosa que vendio" (66), el acreedor pignoraticio (67), "si debitor cum alio super pignore litiget" (68), el legatario (69), de la sentencia que declara nulo el testamento, y el "fiador" de la parte, "en razón de la deuda o de la cosa sobre que fizo la fiadura" (70) y el hijo que se halla bajo la patria potestad, de la sentencia que se diere contra su padre sobre los bienes de su peculio que éste administre (71). En razón del "interés afectivo" "el padre o la madre se pueden alzar del juicio en que fuese dado su fijo por siervo" (72). En las sentencias penales de pena capital, cualquier pariente del reo estaba legitimado para apelar por él, no sólo por el interés afectivo que existiese "por razón del parentesco", sino por otro motivo de más peso: "porque siempre finca la manciella de la deshonra en su linage" (73), razón por la cual no era necesario obtener el consentimiento del reo condenado a muerte, para que la apelación que un extraño "por amor o por piedad" hiciera en su favor, resultase admisible y válida (74), punto en el cual las Partidas se apartaban de la original norma de Ulpiano, por la cual podía apelarse aún en contra de la voluntad del reo (75). En las sentencias penales en las que el condenado resultaba ser un siervo, la legitimidad para apelar de ellas correspondía a "su señor o otro personero en nombre del señor", aunque se admitía que si ninguno de ellos "lo quisiese fazer, el siervo mismo se pueda alzar" (76).

Independientemente de toda esta casuística sobre la legitimación de terceros para apelar de la sentencia -casuística que llegaría intacta en su vigencia hasta el siglo XIX (77), puesto que la legislación posterior a las Partidas no se ocupó más del tema-, lo que perduró en las obras de la doctrina a lo largo de toda la Edad Moderna, fue la idea, cada vez más abstracta del "interés" del tercero en la sentencia (78), y sus facultades, cada vez más extensas, en la apelación de la causa y en la intervención en el proceso de la segunda instancia. Los primeros en ampliar las facultades del tercero respecto del recurso fueron los comentaristas (79), y el tema lo recogería y matizaría toda la literatura jurídica posterior. El tercero puede apelar de la sentencia que resulta inapelable para las partes (80), bien en virtud de una cláusula de "remota appellatio" (81), o de una prohibición específica del derecho (82), o por haber llegado a la "doble conforme" (83) puede adherirse a la apelación de las partes o apelar por sí mismo sin que le afecte la renuncia de aquellas (84), y tiene en fin, según algún autor como Covarrubias el plazo especial de diez días desde que tomare conocimiento de la sentencia, para interponer el recurso (85), que producirá su efecto suspensivo habitual (86).

Según Salvioli (87), al final de la Edad Moderna, los procesalistas, sufriendo el principio romano por el cual el tercero únicamente podía intervenir en la causa "inter alios" en el momento de la apelación, establecieron que el tertius podía intervenir en cualquier fase del proceso para alegar su interés sobre el objeto del litigio. Esta importante innovación fue pro-



blemente el motivo de que el tema de la apelación del tercero fuese pasando poco a poco a un segundo plano, pues sin duda era más conveniente intervenir ya desde la primera instancia, caso en el cual, respecto de la segunda instancia ya figurarían como partes, y como tales vendrían legitimadas para interponer el recurso de la apelación.

De cualquier manera el tema de la legitimación para apelar, tanto de las partes como de los terceros interesados, no tuvo mayor desarrollo a lo largo de seis siglos. Los autores del siglo XIX citan todavía las leyes de Partidas al tratar de la legitimación (88), y las Leyes de Enjuiciamiento simplemente no tratan la cuestión, sino que únicamente establecen una norma general sobre la capacidad procesal de las partes para comparecer en juicio (89), y respecto del proceso de apelación, asumen en general que el apelante y el apelado se corresponden con las partes que actuaron en la primera instancia, y se les considera automáticamente legitimadas para intervenir en el proceso de segunda instancia (90).

## II. LA APELACION DEL REBELDE

Desde el derecho romano, al Contumaz o rebelde le estaba excluida la posibilidad de apelar de la sentencia dada en el juicio al que no compareció - (91). Esta causa subjetiva de exclusión de la legitimidad para apelar del Contumaz, se derivó según Orestano (92), de un principio más antiguo, y con el que aparentemente parece en contradicción: aquel por el cual era admisible la apelación de la parte ausente, cuando ésta pudiese justificar su ausencia por uno de los motivos reconocidos por la Ley (93). A partir de este principio, según el cual la ausencia justificable no perjudicaba la posibilidad de impugnar de la parte, se deduciría que únicamente la ausencia sin justificación, atribuida a la voluntad, podía excluir el derecho de apelar de la sentencia. Se establecían así dos clases de incomparecencia, la simple "absentia", por causas no imputables a la parte y justificables ante el juez, que una vez probada no podía perjudicar los derechos del litigante, y la "absentia per contumacia", que excluía a la parte de la legitimidad de apelar.

La escuela de la Glosa se interesó enormemente por el tema de la apelación del Contumaz, probablemente como piensa Padoa Schioppa (94) por la frecuencia del supuesto de incomparecencia de las partes en el proceso de la época, y la dedicó un estudio profundo, superando el plano puramente analítico, para resultar en un trabajo enormemente constructivo. Ya Irnerio (95)=

tempranamente distinguió a efectos de la apelación de la sentencia, entre la contumacia, que suponía su inapelabilidad, y la ausencia de la parte, - que no excluía la apelación. Usando de la "distinctio" estableció dos tipos de "ausencias": la ausencia necesaria y la negligente, cada una de las cuales tenía diversos efectos dependiendo de que el ausente hubiese sido o no representado en el proceso. La ausencia necesaria de la parte representada en el juicio suponía que el ausente podía ser "restitutum ad appellandum" en el término de diez días desde su vuelta; en el caso de que no hubiera sido defendido, podía pedir una restitución "ad totam causam". La ausencia negligente, categoría ésta originalmente irneriana desconocida - por las fuentes anteriores, suponía que la incomparecencia de la parte no se debía a una causa inminente o de fuerza mayor, pero si justificable. En el caso de haber sido representada en el proceso, el "ausente por negligencia" no podía impugnar la sentencia, pero si no hubiese tenido "defensor" podía apelar en el plazo de diez días desde que conociese el resultado del juicio. Todos estos casos partían del supuesto de la ausencia "post litem contestata", puesto que Irnerio no resolvió en ningún momento la contradicción entre los principios de la inapelabilidad del Contumaz, y el de la invalidez de la sentencia dada en ausencia de una parte. Por ello, circunscribió este último principio al supuesto de ausencia de la parte desde el principio del proceso - "ante litem contestata" - y trabajó sobre los casos de ausencia "post litem contestata". La valoración de la exposición de Irnerio, hay que situarla siguiendo a Padoa-Schioppa (96), no en las afirmaciones sueltas que son casi todas reconducibles a las fuentes romanas, sino en la sistemática empleada en el tratamiento del tema.

En efecto, la sistemática irneriana, y las categorías de ausencia que distinguió, fueron empleadas en términos generales por todas las generaciones sucesivas de la glosa que se ocuparon del tema (97), hasta llegar a la glosa del aparato acursiano que marca el punto final de la evolución del trabajo de la escuela en esta materia. Esta glosa acursiana (98) resulta especialmente interesante, por cuanto que presenta el esquema del que muy probablemente derivó el sistema de las fuentes castellanas del siglo XIII, - por lo que es conveniente exponerlo aquí antes de entrar en los textos castellanos. La glosa del aparato de Accursio, contemplaba cuatro categorías de ausencia. En primer lugar la ausencia, "probabilis et necessaria, ut milite", en la cual se concedía la "restitutio ad appellandum" o bien "ad totam causam", dependiendo de que la parte hubiese sido representada en el juicio o no. En segunda lugar, la ausencia "probabilis tantum, ut studiorum", en la cual sólo cabía apelación si la parte no fué defendida en el proceso, pues si fue defendida, el "defensor" debía haber apelado por él. En tercer lugar una categoría asimilable en sus efectos a la anterior: la "absentia neccessaria tantum, ut in relegato"; y en cuarto y último lugar la ausencia "voluntaria sine contumacia, ut mercator", en la cual no cabía la posibilidad de impugnación, "nec dicitur restitui, quia nec laedi per sententiam potest".

Este es el esquema, que simplificado y con algunas modificaciones, siguen en general los textos castellanos de la recepción. En ellos son básicamente dos las categorías que se contemplan: la ausencia necesaria y la negli-

gente, -hablando, claro, en términos irnerianos-, pues los textos se refieren casuísticamente a ambos supuestos.

Las partidas establecen que los "que son en hueste o en mandadería del rey o por procomunal de su concejo a la sazón que dan juicio contra ellos se pueden alzar del cuando tornaren" (99). Distingue para el caso entre los supuestos en que hubiesen sido defendidos por personero, en el cual "desde el día que fuere tornado a su casa et lo sopiere fasta diez dias puede tomar alzada" (100), (*restitutio ad appellandum*); o en los que "non dexó personero que amparase su derecho", caso en el cual se le restituye "*ad totam causam*": "puede pedir al judgador como por manera de restitución quel torne el pleyto en aquel estado en que era el día que salió de su casa para ir a alguno de los lugares sobredichos" (101). A los supuestos de ausencia por razones de "*res publica*", "*causa militis, vel Regis vel rei publicae regni: vel suae propriae civitatis*", hay que añadir otros casos de fuerza mayor, encuadrables en esta categoría de "ausencia necesaria": "así como si el emplazado fuese agraviado de grant enfermedad o embargado en el camino por llenas de rios, o de grandes nieves, o de otra tempestad, o si le embargasen ladrones o enemigos... de manera que non osase venir a menos de peligro de muerte..." (102), y "el que cayese cautivo" (103). Estos "embargos derechos" deben probarse ante el juez que dictó la sentencia, antes de que la parte pueda tener acceso a la impugnación o a la restitución de ella, y el procedimiento para ello lo describe en líneas generales el *Espéculo*: "... si quisiere mostrar algún embargo derecho... venga ante los jud"

gadores quel emplazaron, e si podiere probar que non pudo venir al... plazo... que sea oído sobre fiador, e segun aquello que probare sobre lo que=pechó..." (104). El medio de prueba del impedimento no venía especificado= en el Espéculo, ni en ninguna otra fuente contemporánea, aunque en un pasa=je del antiguo Fuero juzgo (105) se establecía que el juramento de calum=nia de la parte era suficiente para no caer en la pena de rebeldía. El ju=ramento debió utilizarse en este procedimiento de justificación de la -ausencia, al menos en la época del Espéculo y las Partidas, puesto que la=literatura jurídica del siglo XVI, en sus discusiones sobre el medio de -prueba idóneo para este procedimiento, parten siempre de consideraciones -respecto del juramento de la parte (106).

En cuanto al supuesto de la "ausencia negligente", las fuentes la refieren al caso de aquellos que van "En romería o a escuelas... por razón de ser -vir a Dios o por aprender, alguna esciencia", o bien al que "fuese deste -rrado o metido en prisión por yerro que hubiese fecho" (107). La parte que se ausentase por alguno de estos motivos tenía la estricta obligación de -hacerse representar en el pleito, so pena de ser declarado en contumacia,="e si non lo fiziere, puede el juzgador facer contra él así como contra -rebelde" (108), por lo cual habiendo tenido "personero por si o otro tome=quel amparase directamente su pleyto... non se puede alzar de la sentencia quando tornare..." (109), pues ya tuvo ocasión de hacerlo su procurador. -Solo en el caso de que el personero muriese o abandonase la causa, puede -el ausente a su regreso "pedir al judgador fasta diez días desde el día -

que llegare al lugar et lo sopiere, que torne el pleyto en aquel estado en que era ante qué fuese en la romeria o a escuelas", restitutio que también podía pedirse en el caso de que no hubiese podido hacerse representar en el proceso, siempre y cuando "jure primero que non lo fizo maliciosamente" (110).

Quedaba de esta manera establecido el ámbito de la ausencia, como incomparecencia por motivos no imputables a la voluntad culposa de la parte, motivos que debidamente justificados ante el judgador, no excluían en la mayoría de los casos, el derecho de la parte a apelar de la sentencia.

El caso del rebelde o contumaz era diferente: se trataba de una incomparecencia voluntaria, sin justificación, una desobediencia a la llamada del juez (111) "somo soberdia, o desden o desmandamiento en no querer venir ante el judgador a quien deben obedecer como a mayoral" (112). Configurada la comparecencia de la parte como un deber de obedecer al juez, más que como un derecho, la rebeldía producía "menoscabo de su derecho" (113) aparte de dar lugar a sanciones pecuniarias específicas y a la condena automática en costas (114) y a un procedimiento cautelar sobre los bienes del rebelde: el llamado "asentamiento" (115). El "menoscabo de su derecho" que concretamente nos interesa es la prohibición de apelar que se establece en las fuentes para aquel que "fuere rebelde en non querer venir al plazo que el judgador le había puesto para dar el juicio" (116). Es importante notar que a los efectos de la apelación las fuentes castellanas parten siempre -

del supuesto de la rebeldía de la parte "post litem contestata", al igual= que lo habían hecho los glosadores (117). La razón de ello es obvia: unica mente después de la contestación de la demanda, podía el juez proceder en= la causa hasta la sentencia definitiva y emitir un fallo válido: punto de= partida esencial para el recurso de apelación. Por otro lado, la ausencia= contumaz de una parte, no afectaba la resolución de la causa si esta esta= ba suficientemente instruida (118), pues desde el derecho justiniano se ha= bía superado definitivamente el principio clásico de que el contumaz per = día automáticamente el pleito, estableciéndose que el juez podía incluso = fallar en favor del rebelde (119).

Partiendo de esta base, los glosadores habían distinguido a efectos de la= posibilidad de apelar, entre contumacia "vera" y "ficta", estableciendo = que sólo en el primer caso podía excluirse a la parte de la apelación. La= diferencia entre ambas formas de contumacia la cifraban la mayoría de los. autores en la cuestión de si la incomparecencia había sido o no precedida= de una citación en regla. El "contumax vero" era el que habiendo tenido no ticia de la citación no comparecía, "inventus non venit", el "contumaz fic to", aquél que "non invenitur" (120) con lo cual se configuraba a este úl= timo únicamente como un presunto contumaz. Otra corriente en la Escuela = aún más tendente a la protección del Contumaz, había establecido que la di ferencia entre la contumacia "vera" y "ficta" estaba en la manifestación = expresa o tácita de la negativa de acudir a la llamada del juez: "verum = contumacem" dico qui aperte dicir se non venturum... ficto vero illum qui=



invenitur et dixit se venturum, vel dixit nihil, non tamen venit" (121). - En esta misma línea de protección del contumaz, Juan Bassiano y Azzo admitieron la apelación, o incluso la repetición de las actuaciones judiciales si el contumaz se presentaba ante el juez antes de finalizar la audiencia= (122).

Las Partidas, y en general las fuentes bajomedievales castellanas siguieron esta última corriente más favorable a la tutela de los intereses del presunto rebelde. En primer lugar, y aunque el concepto de rebeldía abarca toda desobediencia del litigante al mandato del juez, a efectos de la prohibición de apelar, la única rebeldía que contaba era aquella que se traducía en incomparecencia en el proceso (123). Partiendo de esta base, se distinguía (124) entre la parte que al ser emplazada "respondió aquel que lo emplazaba que no vernie ante el juez", y la parte que "respondiere= que vernie antél, o se callo que non dixo nada". Ambos tenían la posibilidad de personarse ante "quel juez se levantase de aquel logar do dio el juicio", y de pedir "al juez que revocase aquel juicio et que oyese sus razones", pero únicamente el contumaz "ficto" podría ver atendida esta petición mediante una "restitutio ad totam causam", pues se presumía "que= non era rebelle ni despreciaba al juez et que non pudo veir más aína o non entendió bien las palabras del emplazamiento". El contumaz "vero" sin embargo, en este caso solo podía ser admitido a apelar de la sentencia mediante una "restitutio ad appellandum".

El Ordenamiento de Alcalá preciso más sobre el momento en que la parte podía comparecer ante el juez para no ser tachado de rebelde, disponiendo - que "si el Alcalle ficiere dos abdiencias antes (o despues) de comer la - parte que paresciere a la segunda abdiencia non sea avido por rebelle..."; la parte podía pues, presentarse hasta el último momento de la sesión judicial del día en que se dirimía la contienda (125). En este mismo ordenamiento pareció conveniente especificar que unicamente podía excluirse de la apelación a la parte formalmente citada para la publicación de la sentencia, cuando el juez publicó efectivamente la sentencia en el día que emplazó a la parte, pues si la diese antes o después de ese día, la parte - "que non fuere presente contra quien fuere dada, que se pueda alçar..." - (126).

La literatura jurídico recogió la distinción entre contumacia "vera" y - "ficta" (127), e interpretó que la clase de contumaz contemplado por el Ordenamiento de Alcalá era el contumaz "vero" y no el "ficto" (128). Los - autores se preocuparon fundamentalmente por la cuestión de la "restitutio= ad appellandum" del contumaz "vero" que comparecía en el último momento - "iudice adhuc pro tribunali sedente", la glosa y el comentario habían establecido como necesario que la parte pudiese en este supuesto se restituida a la apelación para poder impugnar la sentencia, pero como notan Gregorio López (129) y posteriormente Gutiérrez (130), las leyes castellanas no preveen ningún procedimiento para ello, ni mencionan en ningún momento la= restitución propiamente dicha, por lo cual debe entenderse que el contumaz

que comparece al fin, debe apelar en el plazo general otorgado por la ley para ello.

El requisito de la citación, como uno de los elementos principales en el tema de la rebeldía también preocupó a la doctrina. La citación debía con tener una serie de menciones esenciales para ser válida, así, los nombres del juez que citaba y la parte citada, la mención expresa de la fecha en que la parte debía personarse, el lugar, y el negocio para el cual se le requería (131). A efectos de poder discernir entre el contumaz "vero" y el "ficto", la citación debía idoneamente hacerse en persona, aunque bastaba hacerla en el domicilio de la parte emplazada (132). Respecto de la forma de hacer la citación, el derecho castellano establecía que era necesario citar por tres veces a la parte antes de declararla en rebeldía; mediante tres citaciones consecutivas por pregones con intervalos de treinta días (133). La literatura castellana, siguiendo a los comentaristas, afirmó que en el caso de tratarse de un "contumax vero", que había manifestado su intención de no comparecer, era suficiente una sola citación para proceder contra él como rebelde (134), opinión que a mediados del S. XVI se plasmaría en una ley real (135), por la cual se disponía que las causas debían concluirse "con una sola rebeldía", norma que derogaba definitivamente el sistema anterior de las "tres rebeldías".

De cualquiera manera es difícil saber hasta que punto tenían todas estas cuestiones vigencia efectiva en la práctica. Pues a pesar de los testimo-

nios reiterados de la doctrina sobre la importancia de la citación formal= en esta materia -en principio la parte no citada en regla no podía ser declarada en rebeldía-, un autor tardío como Gutiérrez asegura que la realidad de los tribunales es bien distinta a los textos jurídicos: ni suele citarse a las partes para la publicación de la sentencia, ni suele guardarse la regla de que el rebelde que no comparece a la lectura no puede después= apelar (136).

Las Leyes de Enjuiciamiento ordenaron y simplificaron este esquema amplio= y confuso de las diversas clases de ausencia y de contumacia y sus varios remedios. En primer término contemplaban una figura única de rebelde;= rebelde era todo litigante que citado no comparecía al proceso. Mediante una "ficción legal" (137) se entendió que desde el momento en el que el litigante era declarado en rebeldía, los estrados del tribunal representaban su persona a efectos de citaciones y notificaciones, todas las cuales se publicarían mediante edictos fijados en las puertas del juzgado o Tribunal donde se siguiese la causa (138). Las sentencias pronunciadas en rebeldía= eran desde luego ejecutorias, y debían publicarse además de en los estrados y por edictos, en el Boletín Oficial de la Provincia y en los Diarios= oficiales del pueblo del juzgado (139). Por otra parte el rebelde podía siempre comparecer en cualquier momento del pleito, y ser admitido como parte, y aunque sin retroceder en las actuaciones judiciales hasta entonces realizadas, siempre sería recibido a prueba si lo pidiese aunque haya=

comparecido después del término probatorio. Esta última excepción fue según Gómez de la Serna una modificación importante introducida por la comisión de codificación, que innovaba en favor de los derechos del rebelde frente al derecho anterior (140).

Desde la ley de 1.855 se estableció un procedimiento por el cual podía "prestarse audiencia" al rebelde contra la sentencia dictada en rebeldía. A estos efectos se distinguía entre las diversas formas en las que el litigante rebelde había sido citado. El rebelde citado personalmente no tenía en principio ninguna posibilidad de recurrir contra la sentencia "ejecutoria que haya puesto término al pleito" (141), salvo obtener audiencias contra ella si pudiese acreditar, en el plazo de seis meses desde la publicación de la ejecutoria en el Boletín de la provincia, que había estado impedido por una causa de fuerza mayor desde el momento de la citación hasta la resolución final de la causa (142). El litigante rebelde que había sido citado por medio de cédula entregada a sus familiares, criados o vecinos, podía obtener "audiencia" contra la ejecutoria, en el plazo de un año desde su publicación y acreditando que el impedimento por el cual la cédula no le había sido entregado no le era imputable (143). Finalmente el litigante emplazado por edictos por no tener domicilio conocido, podía pedir audiencia, también dentro del plazo de un año desde la publicación en el Boletín de la ejecutoria, acreditando su ausencia desde la citación y durante el desenvolvimiento del proceso del pueblo en el que siguió la causa y de su último lugar de residencia (144).

Este recurso contra la ejecutoria dictada en rebeldía se ventilaba ante la Audiencia -cuando de ella procedía la ejecutoria o de cualquier juzgado de su territorio- o ante el Tribunal Supremo, si dictó el mismo la ejecutoria (145). Tenía un procedimiento breve y sencillo de sustanciación (146), con sistiendo principalmente en dos fases: una fase de "iudicium rescindens" - por el cual estimados los motivos del rebelde se revocaba la sentencia dada en rebeldía, y otra fase de "iudicium rescissorium", por la cual se repe tían las actuaciones judiciales para obtener una nueva sentencia -era, en la terminología antigua, una verdadera "restitutio ad totam causam".

La segunda Ley de Enjuiciamiento heredó en general el esquema de su antece sora en materia de juicios en rebeldía (147), pero con una importantísima= modificación en lo que a nosotros nos atañe: el litigante rebelde, indepene dientemente de la forma en que fue citado, siempre podía apelar de la sentencia dictada en rebeldía dentro del plazo establecido por la ley, que se computaba desde el día siguiente a la publicación en el Boletín oficial de la provincia (148). Era la primera vez que se permitía al rebelde interven nir en el proceso hasta el momento de la producción efectiva de la primera de la sentencia, es decir hasta el transcurso del plazo para apelar. Por - otro lado para el litigante rebelde con un motivo de justificación sufi - ciente, quedaba el recurso de la "audiencia del rebelde" para obtener la - rescisión de la sentencia firme "que haya puesto término al pleito", y "un nuevo fallo".

#### **CAPITULO IV**

#### **E L   P R O C E D I M I E N T O**

## I. LA FASE DE APELACION ANTE EL JUEZ A QUO

### 1. EL ACTO DE APELACION

El proceso de apelación se iniciaba ante el juez a quo con la declaración de la parte, que se sentía agraviada por la sentencia, de su deseo de apelar. El acto de apelación podía hacerse de dos maneras: oralmente o por escrito. La apelación oral, consistente en fórmula breve de "alzome" o "apelo" (1), debía interponerse en el momento de la notificación de la sentencia por el juez a las partes (2), pues de otro modo, si transcurría algún intervalo de tiempo, debía apelarse por escrito, dentro del plazo legalmente establecido para ello, mediante un "Libellum appellationis", : "mas si entonce luego que fue dado el juicio non se alzase, non lo podria despues facer por palabra, ante lo debe facer por escripto..." (3). Era,= pues, el momento de la interposición, lo que determina una u otra forma de apelar. Desde el Espéculo y las Partidas, ambas formas de apelación se consideraron igualmente válidas a efectos de la eficacia del recurso (4), pero sin duda la forma escrita fue cobrando paulatina preponderancia sobre la oral, tanto en la literatura jurídica como probablemente en la práctica, por la mayor seguridad y garantía que representaba y también por la tendencia progresiva que hacia lo escrito mostraría el mundo procesal en general (5).

No fueron, de todas maneras, las únicas formas de apelación, la oral y la



escrita, pues el derecho canónico había aceptado otros hechos que manifestasen el ánimo de apelar de la parte agraviada, como actos de apelación: por ejemplo, el hecho de tomar el camino hacia el juez Superior, o la declaración de ponerse bajo la protección del Papa (6).

La apelación escrita consistía en la presentación ante el mismo juez a quo, y dentro de un plazo determinado, de un "Libello" en el cual el apelante hiciese constar su inconformidad con la sentencia y su intención de recurrir a juez superior. Este libelo debía contener una serie de menciones indispensables para que resultase válido a efectos de que el juez autor de la primera sentencia admitiese la interposición del recurso, y seguidamente la entregase al apelante una declaración de envío de la causa al juez superior: el llamado testimonio de apelación como se llamará en una primera época, los "apostolos" o "litterae dimissorie".

Las menciones básicas del "Libellum appellationibus" eran: el nombre del apelante, y del apelado (7) el juez a quien iba dirigido (es decir el a quo) (8), el proceso en el cual se apelaba (9), y la petición de los apostolos (10). Estas menciones no eran únicamente una elaboración de la literatura jurídica, sino que vienen reflejadas en casi todas las fórmulas de apelación que ofrecen las fuentes. Entre las del siglo XIII, tomemos por ejemplo la del Espéculo (11):

"Yo Bernaldo, sentiendome agraviado del juyzio, que diestes vos don Agus-

tin Peres, judgador contra mi, en que mandastes esto por Berenguel mi contendor sobre tal cosa, nombrandola senaladamiente, álzome al rey o a los= judgadores que han poder de oyr las alzadas por su mandado, temiendome de seer mas agraviado de vos don Agustín Peres. E pido carta de todo el plei= to en como pasó que me lo des que fagase ante el rey, pido la primera e la segunda vegada, e la tercera vez la pido con grant afincamiento. E pido que me dedes el traslado del juyzio e de los actos del pleito de como= pasaron ante vos".

Como es evidente el libelo va dirigido al juez a quo, y en él se mencionan expresamente las personas del recurrente y del recurrido por su nombre, a la vez que se hace una referencia específica a la causa en la cual se apela, finalizando con una petición del testimonio del recurso ("Carta de todo el pleito") y del traslado de las actas del juicio.

Veamos seguidamente, la fórmula de "apelacion sobre agravio", que el Doctor Infante propone, tres siglos más tarde, en su "Forma Libellandi":

"Fulano vezino de tal lugar juez que erades. Yo fulano, vezino de... vos= digo en como nuevamente ami noticia es venido que en mi ausencia diz que= distes una sentencia o mandamiento o pronunciación. Por la qual dize que= vos pronunciastes por no juez y que vos nos licenciavades de ante vos a mi e al dicho fulano mi contrario para ante fulano juez A. sobre razon = del pleyto dela ataria del alcavala que yo ante vos traya con el dicho fu

lano: por el cual pronunciamiento e licenciamiento gravemente me agravias  
 tes: e por esto e por otros agravios que protesto declarar ante el juez -  
 superior. E por ende sintiendome muy agraviado de vos el sobredicho alca<sup>l</sup>  
 de por me denegar mi instancia como me la denegastes apelo de vos y de -  
 vuestro licenciamiento y pronunciamiento asi como de injusto e iniquo pa-  
 ra ante quien con derecho devo: e pido os que con el mayor ahincamiento e  
 mas mayor y dos y tres veces que me otorgueis la dicha apelación para an-  
 te quien con derecho deva con los apostolos renunciar les y con todos los  
 actos: assi enel dicho pleyto de fulano arrendador como de la ataria que=  
 yo alego e con todo lo que sobre esta razon teneys fecho: pido al presen-  
 te escrivano publico que ponga este mi escrito de apostolos al pie del di-  
 cho vuestro pronunciamiento e al pie de todo lo procesado entre mi y el -  
 dicho fulano actor arrendador sobre razon dela dicha ataria delas dichas=  
 alcavalas que yo trate con el dicho fulano actor que me de otro tanto a -  
 parte para guarda y conservacion de mi derecho" (12).

Esta fórmula que propone Infante de "apelación del agravio", como la deno-  
 mina él mismo, está más allegada a la práctica, -puesto que refleja un ca-  
 so concreto-, que la anterior del Espéculo. Las menciones básicas se con-  
 servan: nombres del juez a quo y del apelante, peticion de los apostolos=  
 y de las actas del proceso, etc. Como fórmula práctica que es, presenta -  
 una referencia completa de la causa en la cual se apela. El apelante recu-  
 rre de la declinatoria ("mandamiento... que vos pronunciastes por no -  
 juez") del juez que se ha declarado incompetente en un pleito de alcavala

pleito sobre el pago del impuesto obligatorio en compraventas y permutas. El adversario del apelante es el "arrendador" de la alcavala, es decir el recaudador oficial encargado de recoger el tal impuesto.

Tomemos ahora una fórmula de "Libellum" del siglo XVIII: la fórmula de "pedimento de apelacion" que propone Elizondo (13):

"F. en nombre de F. en los Autos con N. sobre tal cosa, digo, que V. por su sentencia de tantos fue servido mandar esto, de la que, como gravoso a mi parte (hablando debidamente) salvo el derecho de nulidad, o otro deviendo recurso, apelo para ante S.M. y Señores Presidente y Oidores de la Real Chancilleria de Granada o para ante quien con derecho pueda y deba : Por tanto, A V. pido y aplico me admita esta apelacion libremente y en ambos efectos, y se sirva mandar se me dé el correspondiente testimonio de ella, y su otorgamiento con término para mejorarla: Pido justicia, juro, y para ello, y etc".

Frente a los escritos de apelación anteriores este resulta más conciso y breve sin omitir ninguno de los puntos que hasta ahora veníamos considerando como básicos. Añade sin embargo dos cosas interesantes: una designación más exacta del juez ad quem, ("Señores Presidente y Oidores de la Real Chancilleria de Granada"), aunque sigue con la cauta fórmula de "o para ante quien con derecho pueda y deba", y además pide expresamente que la apelación se admita en ambos efectos.

En general el escrito de apelación no variará en cuanto a las menciones - básicas exigibles a efectos de su admisibilidad, en el siglo siguiente - (14). Las Leyes del Enjuiciamiento (15) no mencionan los requisitos del - escrito, sólo hablan de su interposición "en tiempo y forma", y el término "forma" haría sin duda referencia a aquella que la práctica procesal - había ido decantando durante siglos.

El escrito de interposición de la apelación contenía la simple petición - al juez a quo de que diese comienzo al recurso, pero no contenía la causa o razones por las cuales se recurría, sino que la parte se limitaba a expresar que la decisión judicial le resultaba gravosa o perjudicial. El jurista romano Ulpiano (15) ya había considerado innecesario incluir la - "causa appellandi" en el libello, pues tal causa debía expresarse ante el juez ad quem, a quien en definitiva competía examinar la pretensión procesal de fondo de la apelación (16). En la misma dirección los glosadores - (17), que habían considerado conveniente que los "libelli" fuesen breves y concisos, opinaron que no debían incluirse los motivos de la apelación en el escrito.

Las Partidas y el Espéculo tampoco consideraron necesario motivar el escrito de apelación: hablarán de la posibilidad de apelar de la parte "ma- guer non diga a quien se alza nin porqué razon...", (18) lo que la literatura jurídica (19) posterior repetirá en general hasta el siglo XVIII, es

pecificando sin embargo que esta exclusión de la "causa appellandi" sólo - era posible en los libellos que apelaban de sentencias definitivas, y en interlocutorias con fuerza de definitiva, que constitufan incuestionablemente el objeto de la apelación por excelencia.

Por el contrario, en la apelación de la sentencia mera interlocutoria si era necesario explicar las razones por las cuales el apelante se sentía agraviado: el mismo Espéculo señalaba que una de las diferencias entre la definitiva y la interlocutoria, era precisamente la motivación de la apelación de esta última: "... aquel que se alza del iuyzio afinado, non es tenido de dezir porque. Mas el que se alza de alguno de los mandamientos de los judgadores que deximos, mostrar deve la razon del agraviamiento por que lo fizo" (20). Había sido el derecho canónico, el mismo que había aceptado desde el principio la apelación de cualquier gravamen, quien había dispuesto la necesidad de expresar la "causam et rationem quare gravatur" en estos supuestos (21). La razón de la necesidad de motivar la apelación "ante diffinitivam sententiam" estaba en que había que demostrar al juez a quo, que existía una "causa rationabilis" (22) del gravamen, para que éste tuviese suficientes elementos de juicio para admitir el recurso, o rechazarlo si se trataba de una "appellatio frustratoria". También servía la expresión de la "causa appellandi" para que el a quo, reconociendo el gravamen y su error, revocase él mismo la decisión interlocutoria, lo que siempre podía hacer -no tratándose de una definitiva- a instancia de parte o de oficio, antes de que el proceso llegase ante el -

ad quem (23). En el caso de revocar el a quo su sentencia, seguía cono -  
ciendo de la causa y la apelación interpuesta quedaba sin efecto (24). Es -  
tas razones parecían suficientes para aceptar, como norma general, un li -  
bello de apelación motivado en el caso interlocutorias, y así lo recogía -  
la doctrina civilista (25).

Hubo otros casos de apelación que la literatura jurídica consideró necesar -  
io que se interpusiesen mediante libello motivado: los más importantes -  
eran los supuestos de impugnaciones de los excesos cometidos por el ejecu -  
tor de la sentencia (26), y aquellas apelaciones que interpusiesen los -  
terceros de las sentencias dadas "inter alios", que les causan perjuicio.  
Este último supuesto es el único caso en el que se exige libello de apela -  
ción motivado para la impugnación de una sentencia definitiva (27).

La parte, pues, debía limitarse a expresar que se tenía agraviada por la -  
sentencia, y por tanto deseaba recurrir a juez superior, pero esta expre -  
sión superficial del agravio o perjuicio, debía hacerse en términos "mesu -  
rados" (28), sin calificaciones injuriosas, ni denuestos (29), dirigidos -  
contra el juez autor de la sentencia, sino que "hablando con judicial mo -  
destia" y comportándose con "urbanidad" -todavía según expresiones de -  
autores tan tardíos como Dou y Gómez de la Serna (30)-, debía pedirse -  
"mansamente, que les den el pleyto como passo e las razones como fueron -  
tenidas, e el juyzio que fuera dado sobrellas" (31).

## 2. EL PLAZO PARA APELAR

El plazo para interponer la apelación fue desde 1.480 el de cinco días. - Anteriormente a esta fecha las fuentes castellanas estaban divididas en - el tema de los plazos de interposición del recurso. Por un lado, fuentes= de la Recepción como las Partidas (32), disponían un plazo de diez días:= el plazo que los glosadores civilistas (33) y el derecho canónico (34) ha**́** bían recogido de la Novela justiniana que derogaba el plazo de "biduum - vel triduum" (35), del Derecho clásico romano. Por otro, fuentes menos - permeables al derecho común como el Fuero Real y las Leyes del Estilo - (36) establecían un plazo de tres días. A pesar de la recepción del plazo del derecho común en las Partidas, en 1.348, el Ordenamiento de Alcalá - (37), que ponía en vigor como fuente subsidiaria aquel Código, disponía= sin embargo el plazo de tres días para apelar.

Fuéron los Reyes Católicos en unas Cortes de Toledo de 1.480 (38), quie - nes considerando la situación de confusión e incertidumbre creada por la= difusión paralela de ambos plazos en las diferentes "Partes y provincias" del reino Castellano, y en atención a las críticas que ambos suscitaban,= pues "los unos dizen que es corto término el que dan dichas leyes e los - otros dizen que es largo término e en danno de aquellas en cuyo favor se= dan las sentencias, el que dá el derecho común...", en aras a "reducir - los unos e los otros a concordia e porque en todos nuestros reynos sea in**́** troducido un término conforme a todos para apelar...", decidieron estable



cer el plazo de cinco días, como solución intermedia y conciliadora de los otros dos plazos. La resolución de las Cortes de Toledo pasó a las Ordenanzas Reales de Castilla (39), y de allí a las Recopilaciones (40) y finalmente a las dos Leyes de Enjuiciamiento (41), llegando hasta nuestros días. Las Ordenanzas Reales de Castilla consideraban aplicable el plazo de cinco días a toda sentencia "si quier sea juicio acabado, si quier sobre otra cosa que acaezca en el pleito" (42), es decir el plazo era común a las apelaciones de definitivas e interlocutorias. La primera Ley de Enjuiciamiento (43) sin embargo, establecía plazos diferentes, según la naturaleza de la decisión apelada: cinco días para la definitiva y tres para la interlocutoria, habiéndose pedido previamente reposición de ésta ante el a quo, plazos que ya había distinguido la Instrucción del Marqués de Gerona (44), y que pasarán finalmente a la Ley de Enjuiciamiento de 1.881 (45).

El plazo para apelar en el Fuero Real comenzaba a correr desde el día que se dió la sentencia inclusive: "Et en este tercer día sobredicho sea contado el día en que fuer dada la sentencia" (46). Desde la recepción del derecho común, los "dies a quo" comenzarían a contarse "ex die sententiae latae", o como dirán el Espéculo y las Partidas, "desde el día que fue dada la sentencia" (47). La Ley de Toledo de 1.480 (48), que pasaría a todas las recopilaciones (49), dispuso que no sólo debía correr el término desde el día de la emisión de la sentencia, sino también desde el día en que ésta "viniere a su noticia", es decir, desde el día en que la parte

tomase conocimiento de ella. Este principio del cómputo del plazo para -  
 apelar "ea die scientiae", que los glosadores (50) habían establecido -  
 principalmente para el supuesto de la parte ausente en la publicación de=  
 la sentencia, se recogió también en una ley de la Recopilación(51), según  
 la cual, "la parte... se puede alzar hasta el quinto día después que le --  
 fuere notificada (la sentencia)". La doctrina jurídica entendió que el -  
 cómputo "a tempore scientie", suponía que el plazo para apelar comenzaba=  
 a correr desde la notificación de la sentencia (52), entendiendo en gene-  
 ral que no debía contarse el día de la notificación, según la máxima jurí-  
 dica "dies a quo non computantur in termino" (53), que se adoptó por los=  
 autores desde el S. XVIII.

La legislación del siglo XIX se encargó de precisar más sobre este punto:  
 el Reglamento Provisional señalaba que debía apelarse "dentro del preciso  
 término de los cinco días siguientes al de su notificación" (54) y la Ins-  
 trucción de 1.853, "desde el día de su notificación o trámite que les ha-  
 ya precedido" (55), criterio que seguirían las Leyes de Enjuiciamiento: --  
 "Los términos judiciales empezarán a correr desde el día en que se hubie--  
 re hecho el emplazamiento, citación o notificación, y se contarán en --  
 ellos el día del vencimiento" (56).

Otra innovación respecto del cómputo de los plazos traería el siglo XIX :  
 el descuento de los días inhábiles, o de aquellos en que "vacan los Tribu-  
 nales" (57), puesto que desde las Partidas los términos para apelar ha --

bían sido continuos, porque "también deben hi contarse los días feriados= como los otros" (58). La literatura jurídica explicó después este cómputo ininterrumpido que corre "de momento ad momentum" (59), alegando que el - acto de la apelación, en sí era un acto extrajudicial y por lo tanto po - día hacerse cualquier día, fuese o no feriado (60).

Los términos para apelar fueron establecidos desde el Espéculo y las Partidas como fatales, perentorios e improrrogables (61). El carácter de "falta" de los plazos suponía que una vez transcurridos, la parte perdía - el derecho a impugnar la sentencia, la cual devenía "res iudicata" y por - tanto ejecutable (61b), por lo cual cualquier tipo de reclamación una vez - pasado el plazo era totalmente nula. Las Partidas (63), sin embargo no - concebían esta nulidad como de "ipso iure", pues preveían una declaración de ejecutabilidad de la sentencia, por parte del juez, de oficio o a instancia de parte. Los plazos para interponer el recurso eran asimismo improrrogables en principio, como afirmaba la literatura jurídica, que se - ocupó principalmente de la improrrogabilidad de los términos por consenso o pacto de las partes, no faltando alguna opinión contraria de algún - autor (64).

El principio de perentoriedad de los plazos de apelación tenía sin embargo una serie de excepciones, en las cuales el plazo se suspendía o prorrogaba. En primer lugar, en los supuestos de las apelaciones de la parte - ausente con motivos suficientes de justificación, que estuviese "legítima

mente impedida" (65). En segundo lugar, si la causa del transcurso del -  
plazo no fuese imputable a las partes sino al juez, -porque "non lo podie  
se oir o non quisiere" (66) o "porque murió" (67)-, el plazo quedaría sus-  
penso, "et puede seguir su alzada también como si non fuese tiempo pasa-  
do" (68). Finalmente, los "termina fatalia" no operaban en aquellos su -  
puestos en los cuales el derecho brindaba el privilegio de la "Restitutio  
in Integrum" -a los menores, la Iglesia, el Fisco Real-, pues estos suje-  
tos siempre podían apelar de la sentencia en un plazo de cuatro años (69).

La Ley de Enjuiciamiento de 1.855 establecería un concepto mucho más es-  
tricto de la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos para inter-  
poner la apelación (70): su transcurso suponía que las sentencias queda-  
rían "de derecho consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada sin -  
necesidad de declaración alguna" (71) y todas las excepciones a la impro-  
rrogabilidad del plazo que acabamos de examinar, quedaban derogadas por -  
su art. 31 que disponía que "los terminos improrrogables no pueden suspen-  
derse ni abrirse despues de cumplidos por via de restitución ni por otro=  
motivo alguno". En el mismo sentido la segunda Ley de Enjuiciamiento, con-  
sideraba improrrogables los plazos para interponer recursos en general -  
(72), y su transcurso suponía la "caducidad del derecho" y la "pérdida -  
del recurso", "sin necesidad de apremio ni acuse de rebeldía..." (73), es-  
tableciendo que "solo por fuerza mayor que impida utilizarlos, podrán sus-  
penderse durante su curso" (74).

### 3. LA ADMISION DE LA APELACION POR EL JUEZ A QUO

Una vez interpuesta la apelación dentro del término establecido y con los requisitos formales antes indicados, el juez "a quo" debía admitir la apelación y emitir las "litterae dimissorie" o "apostoli", por los cuales enviaba al juez superior el conocimiento de la causa.

Respecto de la admisión de la apelación, los textos jurídicos y la doctrina la configuran como un deber jurídico del juez. "Sin algun ome se agriavare del juicio que el alcalle le diere e se alzare, el alcalle non le denueste nin le diga mal por ello, mas reciba la alzada e faga así como manda la ley", de esta forma disponía ya el Fuero Real (75) la obligación que el juez tenía de admitir pacíficamente y sin hostilidades la apelación de la parte agraviada, y castigaba seguidamente con la pena de diez maravedis de multa al juez que "denostare o abiltare a aquel que se alzó de su juicio" (76). Las Partidas (77) también exigían al juez que "otorgase el alzada", prohibiéndole expresamente cualquier manifestación injuriosa o de malos tratos hacia el apelante, siguiendo lo expuesto por el Fuero Real, que además se recogió en todas las Recopilaciones posteriores (78).

Esta reiteración en los textos jurídicos, de la obligación del juez a otorgar el recurso sin incidentes violentos, hacen pensar que, al menos en una primera época, la fase del procedimiento ante el juez a quo era un momento peligroso e inseguro para el apelante. La actitud hostil del juez

y su resistencia a aceptar la revisión de la sentencia, que todas las -  
fuentes previenen y castigan, debía responder a la realidad del proceso -  
bajo medieval que todavía no había asimilado el nuevo sistema jurídico, y  
sin embargo recordaba el significado que la reclamación de las decisiones  
judiciales había tenido en los siglos anteriores. No hay que olvidar que=  
la impugnación de sentencias por "falso juicio" en el Derecho Feudal, se-  
gún lo describe Fournier (79) entre los siglos X y XII, significaba por -  
parte del apelante, la provocación a un duelo al juez o jueces autores de  
la sentencia. Apelar, según otro autor como Montesquieu (80), equivalía a  
tildar a la sentencia la falsa y malévola, lo que suponía una verdadera -  
ofensa injuriosa al juez que la había dado. Puede ser quizás esta idea ne-  
gativa de la sociedad feudal la que persiste aún en bajo medievo, siendo=  
la causa de la resistencia de los jueces a permitir la revisión de sus -  
sentencias.

Sin embargo, todavía en el siglo XVI la obra de un autor como Castillo de  
Bovadilla estará llena de exhortaciones a los jueces para que otorguen -  
apelaciones a los reos: "deven... ser fáciles e inclinarse a otorgar las=  
apelaciones" (81), recordándoles no solamente su deber jurídico, sino tam-  
bién su deber moral: "pues sepan que también sus causas, en el acatamien-  
to, y juicio Divino se verán apriessa; y si presto condenaron injustamen-  
te, también ellos con brevedad serán despachados con justicia a perpetuo=  
infierno... y daráseles a los malos jueces la medida colmada y rellena" -  
(82).

La obligación de los jueces de admitir las apelaciones en general tenía - sin embargo unos límites marcados por la aceptación preliminar que debía hacer el "a quo" del fundamento de la apelación" presentada por la parte. El juez podía rechazar legítimamente las apelaciones de las cuales constase notoriamente que carecían de justa causa, que se interponían maliciosamente por la parte para dilatar el proceso: se trataba de aquellos supuestos de "appellationes moratorie" o "frustratorie" sin "causa appellandi - probabilis" del Derecho Romano Clásico (83), que el derecho común había retomado con el nombre de "frívolas" (84). Las apelaciones frívolas no parecen mencionadas como tales en las fuentes Castellanas hasta tardíamente. En unas Ordenanzas para Audiencias de los Reyes Católicos del 1.502 (85), se prohíbe expresamente la admisión de apelaciones "ynjustas de cualquier auto o mandamiento que fazen los dichos juezes", a las que se denomina "frívolas", con cuyo término parecen identificarse todas aquellas impugnaciones prohibidas por el derecho: en este caso las de sentencias interlocutorias, que no tengan fuerza de definitiva (86).

La literatura jurídica ofreció un concepto más amplio de la apelación "frívola". Frívola era toda apelación que carecía de fundamento razonable, interpuesta "sine legitima causa, ut quia appellat ubi non est gravis inustus injuste, et tunc dicitur vana...", como diría Salgado de Somoza (87). Frívola era toda la apelación interpuesta con fines evidentemente frustratorios, o motivada con razones falsas, temerarias o calumniosas (88). "Frívola, vana y superflua, caduca e inútil" dirá Elizondo (89), deberá -

reputarse toda apelación que "o es notoriamente contraria a la disposición de derecho, o no recibe de éste en su apoyo adminículo ninguno". Por tanto, debe el juez siempre rechazar esta clase de apelaciones de naturaleza inútil y contraria a los fines de la administración de justicia (90), pero debe cuidar que la "frivolidad" de la apelación sea manifiesta y evidente, pues en caso de duda, debe siempre otorgarla: "iudex non debet appellatorem arbitrari frivolum, nisi eam, quae notorie apparet inutilis et calumniosa...", como dirá Scaccia (91).

Admitida la apelación como legítima, el juez debía emitir las "litterae dimissoriae" o "apostoli" (92), la "carta del alzada" mediante la cual remitía el proceso ante el ad quem, "ca de otra guisa aquel que ha judgar el alzada non podrie bien entender si se alzó la parte con derecho o non" (93). Los "apostoli" eran importantes para el desenvolvimiento ulterior del recurso, pues eran el testimonio que daba el juez a quo de que se había interpuesto apelación de su sentencia, y mediante ellos le transfería el conocimiento de la causa al juez superior.

Aunque la emisión de los "apostolos" era una obligación del juez, el apelante debía pedirlos (94), bien en el mismo acto de la apelación, o bien en un momento posterior. Como hemos visto, generalmente la petición de "apostoli" se incluía en el libelo de apelación, medida que los glosadores (95) habían considerado más segura y que se consolidaría en la práctica; -



pero en principio, podía también ser un trámite diferente y subsiguiente a aquél del libelo, que el apelante debía llevar a cabo dentro del mismo plazo que el juez tenía para emitir sus "litterae": tres días a contar desde la interposición del recurso, según el derecho castellano que en este punto se apartaba del derecho común, que había establecido un plazo de treinta días (96).

La doctrina, sin embargo, consideró más conveniente que el apelante pidiese los "apostoli" inmediatamente y varias veces, al efecto de demostrar su voluntad de apelar. La antigua expresión del jurista clásico Marciano, "instanter et saepius" (97), fué recogida en algunas fórmulas de "Liber illi appellatorii" de los glosadores civilistas (98), y en numerosas fuentes canónicas (99). En este sentido, una de las fórmulas que probablemente tuvo mayor difusión fue la que Durante proponía en su *Speculum Iuris*: "... apostolos instanter peto, et iterum ac iterum peto, vel etiam instanter, instantius et instantissime peto..." (100). Es en esencia la fórmula que el Doctor Infante recoge en casi todos sus libelos (101), pero especialmente exagerada en una "peticio apostolorum" que ofrece a modo de ejemplo:

"Señor fulano alcalde suso dicho: yo el dicho fulano con protestación de no revocar mi apelación vos pido que me otorgueys los apostolos dela dicha mi apelacion enel negocio que ante vos pendia entre mi assi como reo y entre fulano assi como actor sobre razon de los dichos treszientos marave -

dis que demanda: los quales apostolos vos pido una y dos y tres vezes con grande e mayor e muy mas mayor instancia instanter instantissime: e otra vez los pido con las protestaciones en la dicha mi apelación contenidas. E de esta petición que vos intimo pido testimonio" (102).

El juez a quo debia dar apostolos no solamente en el caso de admitir la apelación sino también en el caso de rechazarla. Ya el Espéculo observaba "que todavía el judgador de qui se alzan, maguer non quiera otorgar el alzada, que deve dar su carta para el otro que la de judgar, en que diga la razon por que non la quiso otorgar" (103). Se trataba de los "apostoli refutatorii", en los cuales el a quo motivaba su inadmisión de la apelación categoría que un autor como Durante (104) recogería más tarde en su clasificación de apostolos, en la que además de los "refutatorii" enumeraba los apostolos "dimisorii", por los cuales el a quo admite la apelación, los "testimoniales", por lo que da fe de la interposición del recurso, los "reverendi", por los cuales el a quo otorgaba la apelación unicamente por respeto deferencia hacia su superior. Otra clasificación más tardía (105), recogía como las tres clases más importantes, la de los "dimisorii", "reverentiales" y "refutatorii".

Interesa tratar ahora de los apostolos "dimisorii" y "testimoniales", que eran los que procedían en el caso de ser admitida la apelación. Las fuentes castellanas bajomedievales no hablan desde luego de "apostolos", ni distinguen en general entre las diversas categorías señaladas (106), -con

la salvedad del Espéculo (107) quizás. Las fuentes emplean el término de "carta del alzada" (108) o "carta" (109) simplemente. Respecto del contenido de esta "carta del alzada", el Fuero Real establecía que debía incluir una relación por "escripto" de la sentencia apelada y "la razón cumplida por que se alzó" (110). El Espéculo (111), fuente más explícita en este punto, describía más minuciosamente "en que manera deve seer fecha la carta del alzada": "... deve dezir en ella como sobre pleito que avie fulan contra fulan que vinieron antel, e oydas las razones de amas las partes en la manera que furon tenudas, que les dió atal juicio, e fulan se agravió e se alzó de aquel juyzio. E porque entendió el, segunt aquellas razones, que se alzava sin derecho, que non dexó por eso de yr adelante por el pleito". Exige, por tanto, una relación completa del proceso, el testimonio de la apelación de la parte y la valoración del "a quo" de la "causa apellandi". Las Partidas (112) no se refieren expresamente a la "carta del alzada", sino que únicamente establecen la obligación del juez de dar traslado a las partes del "pleito como passo, e las razones como fueron tenidas, e el juicio que fuera dado sobrellas", advirtiendo que "develo fazer... bien et lealmente, non creciendo ni menguando ninguna cosa; et seellar el escripto con su sello".

Desde el Fuero Real (113) ya se señalaba que tales "cartas" debían ser "fechas por alguno de los escribanos" y entregadas a las partes "selladas" con el sello del juzgador, requisitos que recogerían el Espéculo y las Partidas (114). La entrega al apelante del proceso "clausus et sigi -

llatus" era la única forma de garantizar que el testimonio del "a quo" - llegase íntegro e inmutado a manos del "ad quem" (115).

La literatura jurídica posterior se encargaría de definir con precisión - las menciones necesarias que los apostolos debían contener: "apostoliis., sive littera dimissoria, continere debet regulariter, quis, a quo, contra quem, et ad quem et super quo et quare appellat et an is, a quo appellatur, deferat vel non...", según enumeraba el "Speculum Iuris" de Durante= (116).

La inclusión en los apostolos de esta serie de datos que tan básicos resultaban, para proporcionar al ad quem información suficiente para valorar la causa que ante él venía en segunda instancia, no se deducía de las fuentes bajo medievales, que trataban el tema en términos vagos y generales. Por esto, a principios del siglo XVI, se sintió la necesidad de precisar más sobre esta materia. Una providencia de Ordenanzas (117) de los Reyes Católicos del año 1.500, disponía que: "los testimonios que envían cerrados despues que fueren signados e cerrados e sellados: los hagan sobre escrevir encima poniendo entre que partes es e el juez delante - quien fue apelado e a quien va remitido, si al Consejo o ala Chancillería, e que venga sellado e declaren con que sello viene sellado...". Unos años después, unas Cortes de Valladolid de 1.537 (118), dispondrían que - los "testimonios de apelación" debían expresar la naturaleza de la causa= apelada, si civil o criminal, y en el caso de tratarse de un negocio ci -

vil, "la relación de la demanda: la cantidad della con la reconvención, - si la oviere, i también la sentencia, o relación de la cantidad della", a efectos de admisión del recurso en la Audiencia, y de hacer posible el en vfo inmediato de la causa a la Sala competente que le correspondiete - (119). De esta manera quedaría esencialmente configurado el testimonio de la apelación en los siglos siguientes, a juzgar por las referencias de - los autores de fines del siglo XVIII y principios del XIX (120), y tenien do en cuenta que las dos últimas normas referidas pasaron a la Recopila - ción y a la Novísima (120 bis).

#### 4. INADMISION DE LA APELACION POR EL JUEZ A QUO

Antes de seguir adelante con el procedimiento normal y regular del proceso de apelación, conviene pararse a valorar la importancia que la obtención de los "apostolos" o testimonio por el apelante tenía para el desarrollo ulterior del proceso. Puede en principio pensarse que la obtención del testimonio del juez a quo está íntimamente ligado al efecto devolutivo, tan esencial en el recurso de apelación, y que por lo tanto el éxito del trámite es indispensable para que el apelante pudiese seguir su derecho ante la instancia superior. Desde luego, desde el Espéculo y las Partidas se disponía que el acto de apelación debía interponerse ante el juez "a quo", la persona más indicada para saber si la sentencia que pronunció admite o no apelación, quien debía emitir el testimonio y encauzar todos los trámites necesarios para que el apelante pudiese proseguir la causa. Pero como la misma realidad no permite al derecho trabajar sobre hipótesis únicas y lineales en las que sólo quepa un desenvolvimiento satisfactorio de las situaciones, siempre deben proveerse remedios para los supuestos contrarios o diferentes a lo que querido por la Ley en primer lugar. De esta forma ya el Espéculo y las Partidas preveían la posibilidad de que por algunos motivos el apelante no pudiese presentar su apelación ante el juez a quo, porque "nol fallare o se recelare dél temiendose quel querrá fazer mal o deshonra porque se alza de su sentencia". Para este supuesto, verosimilmente frecuente en la época, estas fuentes daban al apelante la posibilidad de presentar su apelación "publicamente ante ho -

mos bonos, faciendo afruenta dellos como se alza de aquel juicio" según decían las Partidas (121). El Espéculo, precisaba aún más, estableciendo que debía hacerse "publicamente ante dos notarios publicos, o ante tres omes buenos y dones, faziendo dellos testigos e afruenta como se alza de aquel juyzio" (122). Esta lectura pública del escrito de apelación, le serviría al apelante para probar ante el juez de alzada la razón impediente por la cual "non osó tomar alzada", después de lo cual, el juez ad quem venía obligado a "oyr el pleito e librarlo y segun fallare por derecho bien assi como si se oviese alzado" (123). Es decir el testimonio que en principio debía ser emitido por el juez a quo, podía en este supuesto especial, ser sustituido por el de testigos ante los cuales el apelante había declarado su voluntad de impugnar la decisión judicial.

Se trataba del supuesto de falta de apelación por "iustus metus" o "iustus timor", en el cual la legislación justinianeá había denegado todo remedio al apelante, a pesar de lo cual los glosadores, Azzo y Odofredo en particular, habían justificado la situación del apelante, permitiéndole continuar el recurso (124). El derecho canónico, desde el Decreto de Graciano (125), aceptaba que el apelante que no obtenía apostolos del a quo pudiese declararlo publicamente ante testigos, declaración que debía ser hecha en forma de protesta, y en la cual se expresaren las causas de la apelación, según precisaba una Decretal de Gregorio IX (126). Esta "appellatio" o "protestatio coram honestis viris" era el remedio alternativo mediante el cual el apelante se procuraba un testimonio o prueba de haber impugnado la sentencia (127).

La literatura jurídica (128), especialmente los autores entre los siglos XIV y XVI, se interesaron mucho en este tema, y configuraron a la "protestatio coram honesti viris" como un acto con fuerza de apelación, pues operaba los efectos normales de este recurso, tanto el devolutivo como el suspensivo (129). Para que la "protestatio" fuese válida y tuviese "vim appellationis", debía en primer lugar estar motivada por una causa justa (130) que el apelante debía declarar públicamente (131). La causa justa debía ir referida a la posibilidad de apelar ante el juez, bien porque este se hallase ausente (132), o porque el apelante tuviese miedo de impugnar su sentencia. En el último caso, debía tratarse de un "miedo justo", es decir objetivamente apreciable, pues "vana formido non protest sed iustus metus facit" (133).

La "protestatio" debía hacerse dentro del plazo establecido para apelar y públicamente, "coram publicis personis: ut coram quocumque iudice cuiuscumque fori: vel etiam coram honestis personis", como dirá el glosador de la Peregrina (134). El acto era válido por tanto si se efectuaba ante testigos idóneos ("honestis personis" o "bónis viris") (135) aunque era preferible, lógicamente, que se hiciese ante "publicis personis". Estas personas públicas podían ser, bien cualquier otro juez, o un notario, o el escribano del tribunal, quien de todos modos estaba obligado a dar testimonio, aun en contra de la voluntad del juez (136) y por tanto era el personaje indicado ante quien se debía protestar.



De cualquier modo era previsible que el apelante no pudiese conseguir el testimonio del escribano, porque aún éste "no quiera o no se atreva a notificar alguna provision del juez", como describe Villadiego (137), caso en el cual bastaba "protestarlo ante dos testigos" y presentarse ante el juez superior o "querellarse" según este mismo autor.

Algunos autores (138) interpretaron que en casos extremos, el apelante podía omitir el trámite de la "protestatio", y acudir directamente al juez ad quem, ante quien debía desde luego probar la causa que le impidió apelar ante el juez a quo, antes que su recurso fuese admitido.

El procedimiento de la "protestatio coram honestis personis" no se recoge en fuentes posteriores al Espéculo y las Partidas, y en realidad la elaboración doctrinal que recibe data principalmente de los siglos XIII al XV, puesto que los autores posteriores se limitan a recoger teorías y opiniones anteriores. Quizás pueda pensarse que este procedimiento, no tuvo demasiada trascendencia en la práctica, y que la mayoría de los casos se conduciría a supuestos de inadmisión de la apelación, ante los cuales la parte agraviada podía acudir a querellarse directamente ante el juez superior.

Para ello hay que tener en cuenta el concepto de inadmisión de la alzada que se desprende de las fuentes procesales bajo medievales. En éstas la admisión del recurso por el juez a quo no aparece como un trámite separa-

do, ni como una declaración expresamente consignada en un "mandamiento" - del juez, sino que aparece consignada en el trámite global de la "carta - del alzada" y "el traslado de la sentencia et de las actas del pleito", - trámite que permitía seguir al apelante su recurso ante el juez ad quem.= Las fuentes históricas no hablan en ningún momento de un "auto de admisión", sólo la literatura jurídica tardía (principalmente la del siglo - XVIII) hablará del "auto de admisión", (probablemente providencia surgida de la práctica procesal), enfocando su importancia desde el punto de vista de los efectos en los que se admite la apelación, tema del que trataremos más adelante.

No hay que olvidar que la "carta del alzada", estaba en parte formada por las "litteras dimissorias" o "apostolos dimisorii", por las cuales el - juez dimitía de su jurisdicción en la causa en favor del superior -acto - inequívoco de admisión de la apelación-, junto con los "apostolos testimoniales", que daban fé de la interposición del recurso. Tampoco puede olvidarse que el apelante debía presentarse con el proceso ante el ad quem, - para comenzar el procedimiento de la segunda instancia.

Por todo esto, a efectos prácticos al menos, la negativa o imposibilidad= del juez a otorgar testimonio o a dar traslado del proceso, equivalía a - la inadmisión de la apelación, por lo que parece que el concepto de inadmisión podía dar cabida a muchos supuestos.

Veamos ahora que remedios tenía el apelante en el caso de que su apelación no fuese admitida.

El derecho romano clásico disponía de un recurso directo al juez superior para el supuesto de la "appellatio non recepta", por el cual el apelante apelaba de la denegación de su primera apelación (139). Este recurso, que debía siempre admitirse y tenía efecto suspensivo (140), operaba como "válvula de seguridad" de todo el sistema, siendo además un medio de control de los jueces inferiores, a modo de "espada de Damocles" para ponerlo en las palabras de Orestano (141).

La glosa también trazó un recurso directo al juez superior por denegación de la apelación, pero siguió para ello textos postclásicos, configurando un recurso de caracteres bastante diferentes al del romano clásico. En primer lugar, a partir de la "querimonia" dispuesta en una constitución teodosiana (142), lo configuró como una "querella", recurso sin efecto suspensivo y a veces sin devolutivo. A la vez, le dotó de un contenido que presentaba rasgos procedimentales de claro corte germánico, como por ejemplo el hecho de que el superior debía emplazar al juez inferior, como adversario del apelante (143). Si el superior juzgaba ilegal o injusta la inadmisión de la apelación, debía condenar al a quo, a una sanción, generalmente pecunaria, pero en ocasiones hasta corporal (144). Entre nuestras fuentes del siglo XIII, son las Leyes del Estilo las que recogen el recurso que directamente interpone el apelante ante el superior por inad-

misión de su apelación, recurso que califican de "querella". La Ley del Estilo (145), que contempla específicamente el caso del que se "querella del alcaide que non le otorga el alzada", prevee que el superior una vez que el apelante prueba que interpuso la apelación, ordena al juez que otorgue el recurso y la condena en las costas ocasionadas, aunque si el juez inferior "algo quiere dezir" débele emplazar y dar audiencia. Otra Ley del Estilo que habla en general de las "querellas" interpuestas ante el rey, establece que el alcaide del cual la parte se querella debe ser emplazado para la corte del rey, previniendo que si se diese el caso de "que el escribano non le quiso dar ende testimonio, o que gelo defendió el alcaide, debenle dar estonce carta de emplazamiento para ellos" (146).

Por su parte las Partidas disponían en general la posibilidad de interponer querella de los agravios producidos por los jueces (147), en particular en el caso que denegasen alzadas (148), aunque no especifican el procedimiento a seguir.

La "querella" que configuraban las Leyes del Estilo, perduró como recurso, pero la legislación posterior se ocupó de perfilar alguno de sus aspectos. El Ordenamiento de Alcalá de 1.348 se encargó de precisar el plazo de su interposición, en una ley que pasó a las dos Recopilaciones (148 bis). Disponía este Ordenamiento que el plazo para "se querellar del juez" que no había admitido la apelación, debía ser el mismo que la ley concedía al apelante para presentarse ante el juez superior, y tendría el mismo carácter=

de perentoriedad: "si no se querellare,... como dicho es, finque firme el juicio...".

Otras modificaciones se mostrarían tendentes a eliminar la participación directa del juez denegante en el recurso ante el superior. Aunque en el filo del siglo XVI un autor como Díaz de Montalvo (149) todavía asegura que el estilo de la chancillería permite que el juez a quo comparezca ante el superior a defender su sentencia, en los primeros años de ese mismo siglo, ya comienza a prohibirse tal práctica. Una pragmática de los Reyes Católicos de 1502 (150) prohíbe a los oidores de las Audiencias emplazar a los jueces inferiores "que vengan y parezcan ante vos otros en seguimiento de las tales causas ni para defender sus procesos"; y en cambio les ordena que "libreys nuestra carta para el juez... para que os embien los autos" (151).

La literatura (152) posterior sigue hablando de la posibilidad de querellarse, ante el superior en el supuesto de denegación de alzada, procedimiento en el cual el apelante deberá probar que interpuso apelación, después de lo cual el superior librará orden al inferior para que remita los autos, o como lo expresará un autor tardío como Elizondo, mandará a petición del quereloso "librar provision compulsoria para la remisión del proceso..." (153).

Respecto de las sanciones imponibles al juez en el caso de que el supe -

rior estimase que la inadmisión del recurso había sido injusta, aparte de la condena en costas que las Leyes del Estilo (154) disponían, el Fuero Real (155) establecía también una multa a cargo del juez denegante, de diez maravedis. El Espéculo imponía penas severas a los jueces que denegasen apelaciones en causas criminales: "deve recibir el judgador otra tal-pena qual dieren al acusado" (155b). Pero el tipo de pena que trascendió fue la pecuniaria: la ley del Fuero Real se recogió en las Recopilaciones aunque en cuantías superiores (156). La doctrina jurídica (157) apoyaba también la imposición de penas al juez en estos casos, y siguiendo a Baldo argumentaba que la razón de la sanción estaba en la desobediencia de la ley, y en la obstrucción de la justicia que ocasionaba.

Paralelamente al remedio de la querrela ante el juez superior, se desarrolló otra posibilidad en auxilio del apelante cuando su apelación no había sido recibida por el a quo: esta vez se trataba de un recurso de apelación en sentido propio. Desde el Ordenamiento de 1.348 (158), la parte que se sintiese agraviada porque "pidiere traslado del proceso publicado" e el juez non gelo quisiere dar", podía apelar de esta negativa, y el juez estaba obligado a admitirla. Esta ley de 1.348, pasó a las Recopilaciones posteriores (159), lo que significa que al menos teóricamente tuvo vigencia hasta la primera Ley de Enjuiciamiento.

La comisión codificadora de la ley de 1.855, consideró la apelación de la providencia denegatoria un remedio inútil, pues según razona Gómez de la

Serna (160) "el juez que declara improcedente la apelación, neutral y lógicamente declarará improcedente la apelación de la denegación". Se optó, por tanto, por la "querrela" o el recurso de queja ante el tribunal superior, que además de "garantizar los derechos de los litigantes", resultaba conveniente como "un medio más de inspeccionar el modo de administrar justicia en los juzgados inferiores" (161).

La tramitación que la Ley de 1.855 establecida para el recurso de queja ante la Audiencia era breve: el juez superior pedía informe al inferior y oyendo al apelante, estimaba si la apelación debió admitirse o no. En el primer caso ordenaba al inferior que le remitiese los autos; en el segundo, mandaba remitir al interior "testimonio de su providencia para que conste en autos" (162).

Fue este el esquema que básicamente recogió la segunda Ley de Enjuiciamiento (163), aunque mucho más completo. El apelante debía, dentro del plazo de cinco días (164) que tenía para preparar el recurso de queja, pedir reposición al juez del auto denegatorio y para el caso de no estimarla, el testimonio de las dos resoluciones. Si el juez denegaba la reposición, debía en un plazo de seis días dar testimonio a la parte quien debía presentarse ante la Audiencia en los quince días siguientes. El procedimiento en la Audiencia era el mismo que el de la Ley anterior, únicamente se añadía que si el superior estimaba admisible la apelación, debía declarar en qué efectos la consideraba admitida.

## 5. EFECTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los efectos principales del recurso de apelación son, como es sabido, el efecto devolutivo, por el cual el juez inferior envía el conocimiento de la causa al superior y el efecto suspensivo, por el cual se suspende la jurisdicción del inferior sobre la causa apelada y asimismo la ejecución de la sentencia que se dictó en primera instancia.

Ambos efectos nacieron unidos a la institución de la apelación desde sus orígenes romanos: un procedimiento que pretendía la revisión de una sentencia en una instancia superior, tenía que procurarse una investidura de jurisdicción para el juez ad quem a quien correspondiera enjuiciar la primera sentencia. Por otra parte, la causa que estaba siendo revisada debía quedar en suspenso hasta que se emitiese el segundo fallo, pues precisamente el fin del recurso consistía en retrasar la producción de la cosa juzgada, y por tanto la ejecutabilidad de la sentencia.

En este sentido, el concepto de "res iudicata" sufrió una evolución profunda, a través de los efectos de la apelación -esencialmente el suspensivo-. Si en principio "sententia" y "res iudicata" eran dos conceptos íntimamente ligados, de modo que, según la expresión de Orestano (165) la primera venía a ser una envoltura exterior de la segunda, el desarrollo de la institución procesal de la apelación mutaría aquella concepción. La sentencia seguirá conteniendo en sí a la "res iudicata", pero en princi -



pio solo en potencia, puesto que ya unicamente operará cuando la sentencia se convierta en firme e inatacable. Esta firmeza estará en primer lugar limitada por el transcurso de los "termini fatalia" otorgados por el derecho para impugnar la resolución judicial por medio de la apelación y, de interponerse ésta, otro mecanismo retardador de la firmeza entra en juego reteniendo la producción de la "res iudicata" y la realización de la sentencia: el efecto suspensivo del recurso.

El derecho clásico no hablaba de la "suspensión" de la sentencia -término que aparecería tardamente en la época postclásica- (166), sino de la prohibición impuesta al juez inferior de intervenir en la causa pendiente de un proceso de apelación: "nihil erit innovandum", según la expresión ulpianea (167) que adoptaría después durante siglos la literatura jurídica. Esta prohibición de innovar suponía una absoluta paralización del estado procesal de la causa: "in eo statu omnia esse, quo tempore pronuntiatio nis fuerint" (168) y se producía con la simple interposición de la apelación independientemente de su admisión o rechazo por el juez (169).

En este punto se diferenciaba del efecto devolutivo, el cual sólo podía producirse cuando el juez inferior admitía la apelación y remitía la causa al superior (170).

El derecho romano contenía ya una serie de excepciones a este principio general de que "pendente appellatione" "nihil erit innovandum", pero más

que verdaderas excepciones al efecto suspensivo del recurso, aparecían como actos del juez inferior tendentes a regular provisionalmente causas urgentes mientras se dirimía el litigio en segunda instancia. Estos eran principalmente, la provisión de un "temporarius tutor" en el caso de que el tutor designado judicialmente apelase (171), la provisión de alimentos por el "scriptus heres" apelante al heredero ab intestato, que había vencido en la primera instancia (172) y la "sequestratio" de los frutos del objeto litigiosos, "pendente appellatione" del poseedor que había sido condenado a la restitución (173). Una derogación expresa del efecto suspensivo de la apelación aparecería en una constitución tardía relativa a causas posesorias las cuales podían ejecutarse sin embargo de apelación, (174).

La glosa desde los primeros tiempos reconoció la eficacia suspensiva de la apelación: ya el antiguo tratado "Superest Videre" establecía que "si-ve causa sit criminalis sive civilis nihil erit innovandum" (175). Muchas de las cuestiones que debatieron los autores al tratar sobre este tema, venían en realidad referidas a la naturaleza de la primera sentencia y a su condición de cosa juzgada (176). Un texto aislado de Marciano en el Digesto (177) que hablaba de "extinción" de la primera decisión por la apelación, dividió a un número considerable de glosadores en dos tesis opuestas: una favorable a la suspensión, y otra favorable a la extinción de la primera sentencia. Para Padoa Schioppa (178), lo interesante de estas tesis diversas no eran las consecuencias específicas de la apelación, sobre

las que todos los autores estaban de acuerdo, sino las diferentes concepciones del proceso de apelación que se contenía en cada una. La tesis favorable a la "extinción" entendía la apelación como una prosecución del juicio precedente y la tesis que mantenía la "suspensión" concebía a la apelación como un simple control sobre el mismo.

La glosa tampoco se planteó el tema de las relaciones entre los dos efectos de la apelación: siguiendo la línea clásica, el recurso suponía la remisión de la causa al superior a la vez que la prohibición de innovar en ella por el inferior: no cabían posturas intermedias: en los supuestos en los que las fuentes antiguas habían limitado el efecto suspensivo, permitiendo la ejecución de la sentencia, como v.g. en las causas posesorias, la glosa los declaró sin más inapelables (179).

Las fuentes castellanas bajomedievales recogen también un recurso de apelación en el cual se producen indefectiblemente dos consecuencias: el juez a quo da su "carta" para el juez superior, remitiéndole el conocimiento de la causa, y "mientras que el pleyto andodiene ante el juzgador del alzada", "el otro juez de quien se alzaron" tiene totalmente prohibido hacer "ninguna cosa de nuevo en el pleyto nin en aquello sobre que fue dado el juicio", el principio de "nihil erit innovandum" en las palabras de las Partidas (180). También el Fuero Real, fuente más antigua, prescribía que estando pendiente la alzada, "esté el pleito en aquel estado en que estava al ora de la alzada" (181). La prohibición de innovar aparece

en estas fuentes como una consecuencia necesaria del recurso de alzada. - Cuando, por otra parte, se plantean causas en las cuales el efecto suspen- sivo es inconveniente o dañino, no se habla de apelación sino de quere - lla, es decir de la prosecución de la causa ante el superior una vez eje- cutada la sentencia. En el caso de las causas que por su naturaleza urgen te no aceptan dilaciones que establece el Fuero Real (182) y que fue reco gida por todas las Recopilaciones posteriores (183) La Ley del Fuero Real prohíbe la apelación en las "cosas que non se puedan guardar" porque "pe recen por tiempo", como las causas que versasen sobre objetos consumibles "como sobre uvas ante que el vino sea dellas fecho, o sobre mieses que - sean de segar" o sobre situaciones urgentes, "si fuer sobre dar gobierno= a niños pequeños...". La razón que da esta ley es muy significativa: "si= se alongasen por alzada, perderse y an las cosas e nascerian ende muchos= daños".

La alzada "aluenga" (suspende) la ejecución de la sentencia por principio y para suprimir este efecto es necesario suprimir el recurso en general.= Esta medida tan drástica es típica de un derecho procesal que todavía des conoce la posibilidad de separar los dos efectos de la apelación: éste - era el derecho procesal civil medieval. Pero no así el canónico, pues pa- ra éste, como de costumbre en esta época a la vanguardia de las innovacio- nes, la medida drástica consistió por el contrario en suprimir el efecto= suspensivo de la apelación en todos aquellos supuestos en los cuales no= convenía dilatar la ejecución de la sentencia. De esta supresión del efec

to suspensivo, supresión casuística que excepcionaba la regla general como veremos seguidamente, se derivó la distinción y separabilidad de los dos efectos de la apelación, distinción que tan útil resultaría para el derecho procesal posterior (184).

La separabilidad del efecto suspensivo no se hizo elaborando una teoría objetiva sobre la posibilidad de desarticular una de las piezas, hasta ahora esenciales, de la institución procesal de la apelación sin que ésta cambiase de naturaleza, sino que fue una necesidad que surgió en la práctica de la realidad canónica. El derecho canónico, como se sabe, tenía frente al civil, una concepción amplísima del objeto de la apelación: apelable era cualquier sentencia judicial -aun las "minoribus" o aquellas "ante sententiam" (185)- sobre las cuales la parte agraviada pudiese aducir una "causa rationabiti". La situación que, a raíz de este principio, podía producirse por la proliferación masiva de apelaciones, era insostenible si no se limitaba de alguna manera el efecto más peligroso del recurso: la paralización del estado procesal de la causa hasta la resolución de la segunda instancia.

Por esta razón, aunque desde el Decreto de Graciano se aceptaba el efecto suspensivo como consecuencia necesaria de la apelación: "appellatione interposita, sive in recepta sit sive non, medio tempore nichil novari oportet" (186), ya en las Decretales se establecen muchas excepciones en las cuales el a quo puede lícitamente innovar en la causa estando pendiente -

la apelación. Tal era el caso que se establecía para algunas causas de excomunió (187), causas posesorias (188), sentencias interlocutorias en algunas situaciones (189), y en general todas aquellas causas de las cuales estaba prohibido apelar por derecho (190).

A fines del siglo XIII, una obra doctrinal tan importante como el "Speculum" de Durante (191) ya contiene un extenso apartado dedicado a recoger todos aquellos casos "in quibus aliquid innovatur" es de decir los casos en los que el efecto suspensivo está limitado por el derecho. Entre los casos citados se encuentran: el supuesto del secuestro de frutos al reo sospechoso de dilapidación, la restitución del legado al heredero apelante, la restitución de la posesión al poseedor despojado, el castigo inmediato de los reos condenados por crímenes notorios, las sentencias de excomunió, etc., y una mención general a "illis casibus in quibus appellatio non admittitur".

Se deduce por tanto que desde una época muy temprana el derecho canónico aceptó la existencia de recursos de apelación en los cuales la regla de "status cause mutari non debet appellatione pendente", no tenía ninguna efectividad, por derogación expresa y singular de la ley.

La posibilidad de separar el efecto suspensivo de la apelación tuvo importantes consecuencias en la evolución posterior del recurso. Examinemos en

primer lugar como configuraría la doctrina jurídica a cada uno de los efectos, una vez desligados entre sí.

A raíz de la separación de "utrumque effectum" el efecto devolutivo cobraría un relieve propio y fundamental dentro del recurso, por ser el único efecto "esencial" de la apelación, puesto que el suspensivo era derogable por el derecho. El devolutivo se consideró perteneciente de esencia a la apelación, inderogable ni por la ley ni por el mismo principio (192) por ser el "remedio necesario de derecho natural" como dirá Baldo (193), que debe ineludiblemente operar en toda apelación para que ésta tenga algún significado (194). El efecto devolutivo se configura ahora como el mecanismo regulador del trasvase de jurisdicción entre las dos instancias. Por él, cesa el conocimiento del juez inferior en la causa y su jurisdicción se "devuelve" (195) al juez superior, ante quien se desarrollará la segunda fase del recurso de apelación. Según la máxima "tantum devolutum, quantum appellatum" el juez "ad quem" solo puede conocer la causa dentro de los límites de lo estrictamente apelado (196) y el ámbito del juicio de apelación nunca podrá ser más amplio que el que se desarrollaba ante el juez a quo. Esto supone que no puede proponerse ante el ad quem una nueva "causa petendi" ni presentarse una nueva demanda, pues el juez ad quem queda de alguna manera subrogado "in locum iudicis a quo" (197).

El efecto devolutivo tiene que operar necesariamente dentro de un mismo ámbito jurisdiccional, la "devolución" de una causa civil a un tribunal -

canónico sería un absurdo, comenta Carleval (198) en apoyo de una ley real que ya establecía que "la apelación no puede pasar de una jurisdicción en otra que es agena, i estraña della" (199), a la vez que prohibía las intromisiones de los jueces eclesiásticos en la jurisdicción real.

Este efecto devolutivo de la jurisdicción entra en funcionamiento desde la admisión del recurso de apelación por el juez a quo, quien está obligado a otorgar sus "litterae dimissoriae" y remitir los autos del proceso al superior, sin los cuales éste no puede proceder en la causa (200). Sin embargo, una vez admitido el recurso, la efectividad real de la "devolución" de jurisdicción sobre la causa del inferior al superior, está condicionada a la prosecución del recurso en tiempo y forma por el apelante. De otro modo, al pasar la sentencia a cosa juzgada, el juez inferior recupera la jurisdicción -y la facultad de ejecutarla- en virtud de la "reserva tácita" que de ella hizo para el caso de que el apelante no prosiguiese diligentemente su recurso (201).

La razón por la cual ambos efectos de la apelación se concebían originalmente unidos, era que en realidad la facultad del inferior para conocer y actuar procesalmente en la causa se derivaba de la jurisdicción que sobre ella tenía, y que una vez "devuelta", esta, se despojaba de todo poder de intervención en el litigio. La artificiosa separación de los



dos efectos, suponía que en virtud de la voluntad de la ley, el juez inferior que "evolvió" su jurisdicción sobre un negocio apelado determinado, guardaba todavía la facultad de ejecutar provisionalmente su sentencia, aún en espera de la decisión del superior, que siempre podía revocar la primera sentencia. Pero la separación del efecto suspensivo devino necesaria: la tendencia progresiva de la apelación a establecerse dentro de la esfera procesal como el recurso más común y generalizado para la revisión de las decisiones judiciales, hizo necesario controlar su consecuencia más problemática y peligrosa.

El efecto suspensivo actuaba suspendiendo la jurisdicción del juez inferior e impidiendo la ejecución de la sentencia, hasta que el juez superior emita una decisión sobre ella. Las fuentes medievales (202) y la literatura jurídica en general hasta el siglo XVIII (203) hablarán de la prohibición del juez de innovar (204) en la causa mientras la apelación está pendiente ante el juez superior: la antigua fórmula *ulpianea* de "pendente appellatione nihil erit innovandum".

Esta prohibición de innovar en la causa, supone que cualquier acto cometido en pendencia del proceso en segunda instancia es nulo de pleno derecho (205) y revocable por el juez superior. Estos actos se calificaron por la literatura jurídica como "atentados" (206) y se equipararon al "despojo violento" (207).

Las fuentes bajomedievales ya preveían la revocación por el juez superior de los actos atentatorios contra la apelación pendiente. El Fuero Real establecía que "si el que ha de juzgar el alzada fallare alguna cosa mudada por fuerza o por otra cosa desaguizada, torne el pleyto en el estado en que era en tiempo del alzada, ante que el alzada juzgue..." (208). Las Partidas recogían esencialmente el mismo texto pero incluían una referencia expresa al juez a quo: "si fallare que alguna de las cosas del pleito es traspuesta por fuerza o por engaño, o por mandamiento del primero judgador o mudada del estado en que solía ser a la sazón que tomaron el alzada..." (209).

De estos textos se desprende que el concepto de "atentado" abarca todo acto, doloso o no, proveniente del juez o de las partes (210) que introduzca un cambio en el estado procesal de la causa después de interpuesta la apelación. También se desprende que la revocación del atentado debe hacerse por el juez ad quem de oficio, aunque el Espéculo, quizás desde un punto de vista más práctico preveía la revocación del atentado por el ad quem a petición de la parte agraviada (211).

La literatura jurídica posterior aceptó ambas soluciones: en primer lugar el deber jurídico del juez de reponer la causa de oficio "ad pristinum statum" (212) y la en segundo lugar la posibilidad de pedir la revocación del atentado por la parte en el mismo libello que presentase ante el juez superior para proseguir la apelación (213).

Los autores discutieron mucho si la revocación por vía de atentado debía hacerse inmediatamente por el *ad quem* sin atender a ningún género de consideraciones sobre la legitimidad de la apelación presentada. La discu - sión arrancaba de los canonistas: una decretal de Bonifacio VIII (214)= declaraba la nulidad de cualquier auto atentatorio cometido después de - la interposición de la apelación, pero autores como Durante y Tancredo - (215) opinaron que antes de proceder a la revocación debía el superior - examinar la legitimidad de la apelación. Autores del Comentario como Bar - tolo y el Panormitano (216) se mostraron partidarios de la solución de - la decretal, y parece que fue ésta corriente la que perduró en la doctri - na civilista posterior.

El juez superior debía, una vez que hubiese tomado conocimiento de cual - quier acto atentatorio, o bien una vez que la parte agraviada hubiese - probado que se había producido (217) restituir la causa al estado en que se hallaba en el momento de la apelación, a costa de la persona responsa - ble del atentado (218). Si el atentador era el juez a quo, aparte de car - gar con los gastos de la revocación, debía responder de los agravios que cometió en un posible futuro juicio de residencia al finalizar su ofi - cio (219).

Es probable que todavía en pleno s. XVI fuesen frecuentes los actos de - atentado en la realidad procesal de la apelación: unas Cortes de 1.542 - se quejan de las constantes injusticias que en este sentido cometen los=

jueces pidiendo, "que se refrenen los excesos que han hecho y hacen cada día" (220). Desde luego es a partir de finales del s. XVI cuando los autores comienzan a preocuparse más seriamente del tema del "Atentado" y es a principios del s. XVII cuando se publica la obra monumental y monotemática del jurista italiano Roberto Lancelotte, el "Tractatus de Attentatis et Innovatis Lite et Appellatione pendente", que manejarán y citarán numerosos autores españoles.

Para Lancelotte el acto atentatorio es aquel cometido durante la pendencia de la apelación admitida en ambos efectos, que innova el estado procesal de la causa, suspendido en virtud de la interposición del recurso, el cual debe ser revocado por el juez superior en función de su condición de nulo, y en situaciones graves como la ejecución de una sentencia penal; la parte puede hasta resistirlo o impedirlo con impunidad (221).

El atentado sólo podía darse en aquellas causas en las cuales la apelación tenía efecto suspensivo y no en aquellas sólo admisibles en el devolutivo (222). Había ciertos actos que el a quo podía realizar "appellatione pendente" que no constituían atentado: el examen de testigos "ad perpetuam rei memoriam", la emisión de "apostolos", imposición de plazos a las partes, la captura del reo sospechoso de fuga, el secuestro de frutos a la parte sospechosa de dilapidación, la restitución de la posesión al poseedor despojado, como los casos principales (222 bis).

En el siglo XVIII, la práctica para revocar actos atentatorios, la describía Elizondo (223) de la siguiente manera: el apelante, al presentarse ante el superior para alegar agravios contra la sentencia apelada, denunciaba los actos atentatorios del juez inferior, ofreciendo probarlos y pedía que se revocasen por vía de atentado, y se le condenase al a quo en las costas. Se daba traslado de este escrito al colitigante y si una vez visto y concluido el incidente el juez superior consideraba la petición justificada, revocaba por vía de atentado todo lo hecho por el inferior después de interpuesta la apelación. Según este mismo autor, al ser los actos atentatorios de carácter nulo, su revocación podía también pedirse al mismo juez a quo, antes de reclamar al superior.

Como la primera Ley de Enjuiciamiento no regulaba estos extremos, la literatura (223 bis) opinó que la práctica anterior de revocación de actos atentatorios estaba aún vigente.

Interesa ahora volver al tema de las apelaciones admisibles en un solo efecto -después de la separación canónica del efecto suspensivo- y examinar como se estructuró en el derecho castellano.

La posibilidad de admitir apelaciones en un sólo efecto, que como ya sabemos no estaba prevista ni en las Partidas ni en el Fuero Real, comienza a entrar en el derecho castellano alrededor del siglo XVI y principal

mente por dos vías: la literatura jurídica y las peticiones de Cortes.

La literatura jurídica por un lado, recogió el principio canónico por el cual las apelaciones prohibidas por el derecho sólo podían ser admitidas en el efecto devolutivo, y lo aplicó a todos aquellos casos contenidos en las fuentes en los cuales no cabía alzada, aunque si "querella" ante el superior (224).

Por otro lado, la admisión expresa de apelaciones en un solo efecto por la legislación real, provino principalmente de las peticiones de Cortes. A lo largo del siglo XVI los procuradores de Cortes se quejan frecuentemente de la dilación en la resolución de negocios ocasionada por la interposición de alzadas, y sus graves consecuencias en la administración de justicia en general. Piden y presionan al Rey para que conceda que en las causas que versen sobre determinadas materias, puedan ejecutarse las sentencias "sin embargo de apelación". Las peticiones se refieren preferentemente a la ejecución provisional de sentencias condenatorias hasta cierta cuantía en juicios de residencia (225), de multas impuestas en virtud de Ordenanzas municipales (226) y de sentencias en juicios ejecutivos (227), además de algunas otras de menor importancia (228). Muchas de estas peticiones terminan por aceptarse y regularse oficialmente el caso de las tres mencionadas como se deduce de su inclusión en las Recopilaciones (229).

La regla general continuó siendo que la apelación debía admitirse en ambos efectos, y que por tanto la derogación del efecto suspensivo era excepcional. La literatura jurídica intentó establecer criterios generales por los cuales pudiesen distinguirse los casos en los que la apelación era admisible en un solo efecto. Para Covarrubias (230) debía pesarse la irreparabilidad del gravamen causado por la ejecución de la sentencia, o por su suspensión. Las causas en las cuales la suspensión de la sentencia produjese más daño que su ejecución debía apelarse en un solo efecto. Salgado de Somoza acudió al criterio de la "razón de gobierno": las causas urgentes que afectasen al mantenimiento del orden público, debían ejecutarse sin dilación, aún habiendo sido apeladas. Este argumento sería retomado más tarde por Cañada (232): el "fundamento de gobierno" consiste en "pesar el agravio respectivo a las partes y al público... y si fuese trascendental a la causa pública cesará en estos casos la apelación suspensiva". Otro autor del XIX, Dou y Bassols (233) clasificaría las apelaciones admisibles en un sólo efecto en tres grupos: las causas en favor de la religión, las causas en favor de la humanidad, y aquellas en "observancia del vigor de la disciplina y la expédita administración de la justicia". Otras obras tardías establecerían el criterio del carácter urgente de la causa (234) o simplemente el de su original carácter de inapelable por ser la justicia clara según Ley, o Derecho y la sentencia justa" (235).

En general, y a efectos de exponer las causas principales que mencionan=

los autores puede acudir a dos clases de razones por las cuales las -  
apelaciones se admitían en un efecto: por razón de la urgencia de la cau-  
sa en sí y por razón de su relación y trascendencia respecto del orden -  
público (236).

Las causas que por su carácter urgente no admitían apelación en ambos -  
efectos eran aquellas causas, ya mencionadas en las fuentes medievales -  
(237) relativas a la provisión de tutorías o recolección de frutos o co-  
sas perecederas en general, y sentencias sobre "sepultura de difunto" o  
apertura de testamento. Se trataba de "sententias provisionalibus... in  
quibus periculum est in mora..." (238). Entre las sentencias provisiona-  
les que más llamaron la atención de los autores, se hallaban las de ali-  
mentos. Las sentencias afirmativas de alimentos (239) eran inapelables -  
en dos efectos, siempre y cuando la persona que los recibiese fuese po-  
bre y no tuviese otros medios para mantenerse sino por los alimentos pre-  
sentes y futuros (240). En este sentido fueron equiparados a los "alimen-  
tos", las pensiones (241) y los salarios en general, tanto de jueces, y  
abogados como de criados y jornaleros (242).

Alegando también razones de urgencia se declararon inapelables las sen-  
tencias de deshaucio (243) y en general todas aquellas relativas a jui-  
cios ejecutivos (244).

Por razón de orden público, se declararon inapelables en ambos efectos=



los tributos en general, tanto los diezmos eclesiásticos como los tributos reales (245), así como todas las sentencias dadas en favor del Fisco (246). Las multas (247) tampoco admitían el efecto suspensivo, en particular aquellas relativas a las ordenanzas municipales hasta la cantidad de mil maravedís (248). Las causas sobre repartimientos fiscales (249) y sobre cuentas y bienes de propios (250) y los delitos monetarios (251) se hallaba en el mismo caso. En los casos de pesquisas, alegando el "interés público" y teniendo en cuenta que por ello "se puede exceder la disposición de las leyes", las interlocutorias de tormento eran ejecutables aun a pesar de haberse interpuesto apelación, según escribe Castillo de Bovadilla (252).

Este mismo autor se ocupa extensamente de otro caso en el cual la apelación no suspendía la ejecución de la sentencia, que ya se ha mencionado antes: las condenas hasta la cantidad de tres mil maravedís que se daban contra jueces y corregidores en juicios de residencia. Castillo se declara abiertamente en contra de esta medida -él que había sido corregidor-, alegando que sólo da lugar a abusos injustos contra los "Ministros de justicia, que son columnas por quien se sustenta la paz y compañía humana, y el estado del mundo... y que el edificio del mundo se arruinaría quebradas las columnas de él". (253).

La "ineficacia del efecto suspensivo en las causas posesorias fue también justificado por la literatura jurídica en razón del "fin de gobier-

no y tranquilidad" (254). Las causas posesorias habían sido excluidas del efecto suspensivo ya por el derecho romano postclásico (255) y en general excluidas completamente del recurso de apelación por los juristas medievales por considerar que "non parat praeiudicium in via iuris sed solum in via facti" (256). La doctrina desde el siglo XVI (257) había vuelto a considerarlas apelables, pero únicamente en el efecto devolutivo, haciendo dos excepciones: los juicios posesorios sumarísimos que eran inapelables en ambos efectos por su escasa importancia (258) y los juicios posesorios mixtos, que trataban de causas de posesión y propiedad conjuntamente, que eran apelables en ambos efectos.

Otros casos que se citan son las sentencias condenatorias en Interdictos de obra nueva después de denunciada (260), las sentencias dadas en causas leves o de pequeña importancia (261), las sentencias de arbitros y amigables componedores, etc. (262). Un caso particularmente curioso que expone Covarrubias es la apelación sin efecto suspensivo de una sentencia dada contra un herrero, por molestar con el ruido de su trabajo a estudiantes y letrados y esto en razón del "favor de las letras y la protección que se merecen sus profesores" (263)

La primera Ley de Enjuiciamiento recogió el principio general de que todas las apelaciones eran admisibles en ambos efectos, salvo en aquellos casos en que expresamente fuesen limitadas a uno (264), lo que para autores como Gómez de la Serna y Caravantes significaba una línea de conti-

nidad con el derecho anterior (265).

La Ley admitía el recurso en un sólo efecto, recogiendo los casos que acabamos de ver en el derecho de los siglos anteriores, en los siguientes supuestos: los de las sentencias que otorgan alimentos provisionales (266), las sentencias de remate en juicios ejecutivos (267), las sentencias que ratifiquen la suspensión en el interdicto de obra nueva (268) y en las providencias que otorgan la restitución de un despojo en el interdicto posesorio (269).

Otros casos en que prevenía la apelación en un solo efecto eran: las sentencias que admiten la recusación de subalternos en los tribunales (270) las providencias que otorgan término extraordinario de prueba (271), las providencias que declaran a la parte confesa o deniegan esta declaración (272), las providencias que determinan la cantidad que debe abonarse en la ejecución de las sentencias (273) y las sentencias dadas sobre la impugnación de síndicos en juicio de concurso (274). En materia de acumulaciones, la provisión que deniega la acumulación de autos (275), la sentencia que en apelación de la providencia anterior otorga la acumulación (276) y la providencia de desistimiento de la acumulación (277). En juicios de testamentaría, dos providencias se declararon apelables en un solo efecto: las que aprueban los inventarios de bienes (278) y las que aprueban las particiones de bienes hechas por los contadores (279).

Algún autor como Caravantes, pensaba que la ennumeración hecha por la ley no era taxativa, sino que la admisión en un efecto podía extenderse a todos aquellos casos en los cuales "por su carácter y naturaleza, por su analogía o identidad con aquellos (prescritos por la Ley) y por no decirse expresamente en la Ley que se admiten en ambos efectos, dicte el buen sentido su admisión en uno" (280).

La segunda Ley de Enjuiciamiento, que recogía esencialmente el cuadro de casos apelables en un solo efecto de la Ley anterior -aunque con muchas modificaciones- (281) establecía, sin embargo, el principio general inverso: todas las apelaciones que la Ley no admita expresamente en ambos efectos deberán entenderse admitidas en uno solo (282). Claro está, que las excepciones que a esta regla establecía eran muy numerosas, y además la admisión general en ambos efectos de todas las sentencias definitivas, y la interlocutorias que pongan término al juicio o que causen perjuicio irreparable (283) suponía que todas las resoluciones de fondo se excepcionaban del principio general, por lo cual el alcance de éste en términos reales estaba bastante limitado.

Desde que el derecho asimiló la separabilidad de los dos efectos de la apelación, el auto de admisión del recurso, cobró un mayor relieve en la fase del procedimiento ante el juez a quo, por cuanto que en él el juez debía expresar en qué efectos quedaba admitida la apelación.

El "auto de admisión", término con el cual desde la edad moderna se designará al acto procesal por el cual el juez declara por admitida la apelación y manda otorgar el testimonio a la parte, es únicamente el sucesor de los antiguos "apostoli dimissoriae" y "apostoli testimoniales". Debíó aparecer como tal, originado en la práctica procesal y alrededor del s. XVI, puesto que la literatura jurídica sólo comienza a hablar de él en esa época (284), convirtiéndose ya en el siglo XVIII en un lugar común de las obras de los procesalistas (285).

El auto de admisión, debía en principio contener una declaración explícita de si la apelación se admitía en uno o dos efectos (286) pero parece que no todas las fórmulas que se difundieron entre los s. XVII y XVIII atendieron a esta exigencia de claridad. Según los autores, dos fórmulas oscuras y vagas, contaban con un arraigo profundo en la práctica procesal: aquella por la cual se declaraba simplemente admitida la apelación, "se admite la apelación", y aquella otra, aun más enigmática, por la cual se admitía la apelación "en cuanto ha lugar a derecho" (287). Estas cláusulas de admisión, cuya expresión vaga daba lugar a equívocos y a muchas discusiones entre la doctrina, en un principio estarían probablemente destinadas a remitirse de forma general a las disposiciones del derecho sobre las causas que eran apelables en ambos o en un solo efecto (288). Sin embargo, los problemas que debieron ocasionar en la práctica -Cañada dice que generalmente daban lugar a un auto posterior aclaratorio- (289), hizo que la doctrina y la práctica de los tribunales inter-

pretase ambas cláusulas como comprensivas de la admisión de ambos efectos del recurso. Según Cañada, la cláusula de "se admite la apelación" - por su forma indefinida, "equivale a la universal" (290), y en el caso - de la fórmula incierta de "se admite la apelación en cuanto ha lugar a - derecho", debe entenderse que "gobierna lo dispuesto por la regla general, entretanto no se prueba su limitación", (291), por lo cual ambas - cláusulas fueron reconducidas al principio general de admisibilidad en - ambos efectos.

De cualquier manera, el apelante cuya apelación hubiese sido admitida - con cualquiera de estas dos cláusulas podía "reclamar" ante el juez superior, acreditando que no había lugar en derecho al efecto suspensivo y - "si se declarase así con audiencia instructiva de los interesados, cederá entonces la regla general y sus efectos a la especial de su limitación... retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelación..." - (292).

La primera Ley de Enjuiciamiento disponía que debía admitirse la apelación "libremente y en ambos efectos o en uno solo" (293), lo cual significaba según Gómez de la Serna, la imposición obligatoria al juez de expresar con claridad en que efectos se admitía el recurso, y a la vez un rechazo de las fórmulas oscuras de la práctica antigua, puesto que "la administración de justicia no debe envolverse en misterios, ni debe convertirse en enigmas..." (294). A pesar de esta declaración del presiden-

te de la comisión codificadora procesal, algún autor como Caravantes -  
(295) no aceptó que la regulación de la Ley de Enjuiciamiento excluyese=  
el uso de las fórmulas de la práctica procesal anterior.

Como acabamos de ver, según Cañada (296), la práctica procesal del siglo  
XVIII había previsto una reclamación al superior por parte del apelado -  
que pretendía se admitiese la apelación en un sólo efecto, en el caso de  
que el juez inferior hubiese admitido el recurso con una de las cláusu -  
las generales por las cuales se entendía admitido en ambos.

La Ley de Enjuiciamiento mercantil (297) de 1.830 regulaba este procedi-  
miento, estableciendo que la parte, inconforme con la admisión en dos -  
efectos podía pedir la ejecución de la sentencia ante el tribunal supe -  
rior antes de expresar agravios. En el caso que el juez superior, des -  
pués de dar audiencia a la parte contraria en un traslado de dos días, -  
estimase que la petición de la parte era procedente con arreglo a dere -  
cho, mandaría librar despacho al juez inferior para que ejecutase la sen  
tencia.

La Ley de Enjuiciamiento de 1.855 no contenía disposición alguna sobre -  
este caso (298), pero la laguna se llenó por la Ley de 1.881. En su artículo  
397 se dispone, muy en la línea de la Ley de Enjuiciamiento mercan-  
til, que la parte puede dentro del término del emplazamiento que tiene -

para acudir ante el superior, pedir que se declare admitido el recurso - solo en un efecto, "citando la disposición legal en que se funde". El superior, previa audiencia de la parte contraria quien tiene tres días para impugnar el escrito, si admitiese la petición, libra orden al juez de primera instancia para que lleve a efecto la sentencia.

Respecto del caso contrario, es decir, la posibilidad de pedir que se amplie la admisión de la apelación en dos efectos, habiéndose aceptado sólo en el devolutivo por el juez inferior, la práctica procesal anterior al siglo XIX (299) había utilizado la vía de "querella" o queja ante el superior, recurso en general dispuesto contra la inadmisión de la apelación. Como en el caso anterior, fue la Ley de Enjuiciamiento mercantil, la primera ley en disponer sobre este procedimiento: estableció que el apelante, después de llegados los autos al tribunal superior podía pedir que la apelación se declarase admitida en un solo efecto, lo cual en caso de ser estimado por el ad quem, después de exponer la parte sus razones en el término de dos días, suponía la expedición de un despacho al juez inferior para que suspendiese la ejecución de la providencia apelada (300).

La Ley de Enjuiciamiento de 1.855 regulaba más minuciosamente este procedimiento, distinguiendo para empezar, entre autos de admisión de apelaciones de sentencias definitivas o interlocutoria. Si se trataba del caso de admisión en un solo efecto de una interlocutoria (301), el apelan-



te debía pedir ante el superior que se declarase admitida "libremente y en ambos efectos" al presentar ante el superior el testimonio de la apelación. El tribunal superior, después de oír al colitigante, podía estimar tal pretensión, por lo cual libraba orden al inferior para que le remitiese los autos, citando previamente a las partes para que compareciesen en el término de veinte días. En el caso de tratarse de una sentencia definitiva (302) admitida en un sólo efecto, la parte podía solicitar que se declarase en ambos, una vez que los autos le hubiesen sido remitidos al tribunal superior, el cual en el caso de estimar la pretensión de la parte, libraría una orden al inferior para que suspendiese la ejecución de la sentencia.

La segunda Ley de Enjuiciamiento, también recogería la distinción entre casos de admisión en un efecto de sentencias definitivas e interlocutorias, pero unificaría los trámites de sustanciación para ambos casos (303). Si la admisión en un efecto era relativa a una interlocutoria, el apelante debía pedir su admisión en ambos, al presentar ante el superior el testimonio para mejorar la apelación; si se trataba de una sentencia definitiva debía hacerlo en el término del emplazamiento que tenía para presentarse ante el ad quem. En ambos casos el apelante debía citar "la disposición legal en que se funde" y este escrito debía trasladarse a la otra parte por término de tres días para que lo impugnase, después de lo cual el ad quem decidía, "sin más trámite ni ulterior recurso". La decisión favorable a la pretensión del apelante, se seguía de una orden al "

juez inferior para que suspendiese la ejecución de la sentencia. De todas formas esta Ley prevenía también que cualquier interlocutoria apelada y admitida únicamente en el efecto devolutivo, debía ser automáticamente admitida en ambos efectos, si el apelante reclamase alegando que causaba perjuicio irreparable en la definitiva, con la única condición de que prestase fianza suficiente para asegurar los daños posibles que pudiese ocasionar a la parte contraria (304). Esta disposición suponía en definitiva, una vía abierta a la admisión en ambos efectos de cualquier providencia interlocutoria, pues el concepto de "perjuicio irreparable" es tan amplio y flexible -desde el mismo derecho procesal medieval-, que siempre podrá alegarse (305).

Para finalizar el examen de la fase del procedimiento ante el juez a quo es necesario examinar la evolución histórica del trámite de la remesa de los autos del proceso del juez de la primera instancia al juez de la segunda instancia.

Desde las Partidas, el juez a quo venía obligado, a la vez que daba la "carta del alzada", por la cual admitía la apelación a dar traslado a la parte de la sentencia "e de los actos del pleito como passaron ante vos" como lo pedía la parte en su escrito de apelación (306). En esta época, los autores del proceso no se remitían al tribunal superior directamente y de oficio, sino que se entregaban a la parte "clausum et sigillatum" -

quien los llevaba ante el juez ad quem (307). Era, por otra parte natural, que en un primer período en el que la organización de tribunales debía ser muy primitiva, no se dispusiera de medios para posibilitar un envío directo de los autos de tribunal a tribunal.

La necesidad de presentarse el apelante con los autos del proceso ante el juez superior para seguir el recurso, se ratificó en una ley del Ordenamiento de Alcalá a la vuelta del siglo siguiente. En virtud de ella, el apelante, dentro del plazo establecido para comparecer ante el "juez de las alçadas" debía presentarse "con todo el proceso del pleyto", pues de no hacerlo no podrá "ser oído en el pleyto del alçada, e la sentencia finque firme" (308). En esta ley se mencionaba por primera vez el beneficio de pobreza, como excepción al principio general de que el traslado del proceso -que tanto incluía el testimonio como los autos- debía hacerse a costa del apelante (309).

La Ley de Alcalá, aunque se recogió después en las Recopilaciones (310), no tuvo vigencia efectiva, sino que fue desbordada por un nuevo uso que se desarrolló en la práctica procesal de los tribunales.

Las Cortes, desde el siglo XIV -aunque con más frecuencia en el siglo XVI-, denuncian la práctica frecuente en el procedimiento de apelación de presentarse las partes ante el tribunal superior únicamente con el testimonio, alegando que no les dió tiempo a obtener el traslado de los

autos del proceso, por ser el plazo de comparecencia ante el superior de masiado breve. La denuncia por los procuradores de esta práctica, que en unas cortes del siglo XIV (311) se califica de "maliciosa" y voluntaria= para dilatar el proceso, toma en el siglo XVI el carácter de problema generalizado y necesitado de una solución urgente. Unas Cortes de 1.532 declaran que la situación dá lugar a muchas apelaciones desiertas, y piden que se provea sobre "el tiempo que se an de presentar con el proceso, - después que se ovieren presentado solamente con el testimonio..." (312). Cortes posteriores del mismo siglo vuelven a formular la misma petición, que el rey nunca concede (313). Sin embargo, la situación terminó por - asumirse por la legislación real, quizás de forma inconsciente o quizás= por resignación ante el peso evidente de la práctica. Una ley recogida - en la Recopilación, sobreentendía que el apelante se presentaba ante el= tribunal superior solamente con el testimonio (314).

La literatura jurídica de los siglos XVII y XVIII, al comentar las diversas leyes de la Recopilación sobre este punto, coinciden en afirmar el - uso habitual de esta práctica en los tribunales (315). Gutiérrez (316) - escribe que al presentarse la parte con los testimonios ante el superior éste emitía "literas compulsorias" dirigidas al juez inferior o a su es- cribano para que entregasen a la parte los autos completos del proceso,= y a la vez daba "literas citatorias" para emplazar a las partes. Para Cañada (317), esta "práctica observada constantemente en los tribunales..." confirma la necesidad de probar la apelación como fundamento de la parte que recurre".

Respecto de la forma en que se entregaban los autos de la primera instancia, los autores del siglo XVIII escriben que la práctica distinguía entre las apelaciones admitidas en ambos efectos y las admitidas en uno solo. En el primer caso, se entregaban los autos originales, puesto que de nada servían ya al juez inferior, ya que "no puede proceder en ellos por haber apartado de sí toda jurisdicción, ligándose las manos..." (318). - En el caso de las apelaciones admitidas en un sólo efecto, los autos se entregaban en principio compulsados por necesitar el juez los originales para seguir procediendo en la causa, aunque podían trasladarse los originales, después de ejecutada la sentencia o en el caso de ser los autos muy voluminosos para evitar gastos y dilaciones de tiempo (319). Según Elizondo la práctica de remitir autos originales en los asuntos civiles (320) no comienza a darse hasta mediados del siglo XVII (321) convirtiéndose para una serie variada de asuntos (322), en estilo uniforme de los tribunales en el siglo XVIII.

El siglo XIX regularía sistemáticamente el trámite de la remesa de autos. En primer lugar se impondría una remesa de oficio y directa de tribunal a tribunal (323). Desde el Decreto de 1.812 se consideraría obligatorio remitir los autos originales en las apelaciones admitidas en ambos efectos, "sin exigirse derechos algunos con el nombre de compulsas" aunque la remisión debía hacerse a costa del apelante. (324). El Reglamento Provisional de 1.835 añadiría que en el caso de tratarse de una apelación sin efecto suspensivo, el apelante podía escoger entre que se remi-

tiesen inmediatamente los autos compulsados a su costa, o que se esperase a ejecutar la sentencia para remitir los autos originales (325).

La primera Ley de Enjuiciamiento disponía la remesa de autos originales en las apelaciones admitidas en ambos efectos (326) pero regulaba de forma distinta el caso de las apelaciones en un solo efecto, en cuyo caso el juez inferior debía retener en el juzgado a efectos de ejecución de la sentencia "testimonio de lo necesario de los autos remitiéndolos en seguida al superior" (327). En las apelaciones admitidas en un efecto de sentencias definitivas, se disponía por tanto el traslado íntegro -aunque no inmediato- de los autos al superior, evitándose gastos de compulsas y dilaciones en las causas, especialmente en aquellas cuyos autos eran muy voluminosos (328). Si se trataba de una sentencia interlocutoria, se le entregaba al apelante testimonio "de lo que señalare de los mismos autos, con las adiciones que el colitigante hiciere y el juez estimare necesarias para que pueda recurrir..." (329).

La Ley de Enjuiciamiento de 1.881, recogió lo dispuesto por su predecesora, variando únicamente el plazo de remisión de los autos de dos a seis días, y añadiendo que la remesa se haría bajo la responsabilidad del juez que admitió la apelación (330).

## II. LA FASE DE APELACION ANTE EL JUEZ AD QUEM

El estudio de esta segunda fase de la apelación pretende dar una visión general del desarrollo histórico del procedimiento ante el juez superior, tomando siempre como referencia la segunda instancia de las apelaciones de sentencias definitivas de pleitos ordinarios de mayor cuantía, destacando especialmente los aspectos más relevantes de su evolución.

Hay que advertir que una reconstrucción completa del procedimiento de esta fase en el proceso histórico es prácticamente imposible de hacer. Y esto por dos razones relacionadas con el objeto de esta tesis. En primer lugar, porque los trámites procedimentales de la apelación en general vienen remi- tidos en el proceso histórico, a aquellos de la primera instancia, cuyo estudio escapa las pretensiones de este trabajo. En segundo lugar, porque muchos trámites de este procedimiento de segunda instancia, más que originar se a partir de los textos legales, se desarrollaron en la práctica procesal de los tribunales, a partir de la aplicación diaria del derecho influenciada por las corrientes doctrinales de cada época, por lo cual exponer una evolución minuciosa de ellos resulta muy difícil para un trabajo cu- yas fuentes fundamentales se reducen prácticamente a los textos jurídicos y a las obras de la Literatura.

# 1. LOS PLAZOS EN LA FASE ANTE EL JUEZ AD QUEM

Las fuentes históricas mencionan dos clases de plazos principales en la fase del recurso de apelación ante el juez superior: el plazo concreto= dentro del cual el apelante debe personarse ante el Juez ad quem para - proseguir el recurso, y aquel más amplio dentro del cual debe proseguir se y finalizarse la causa de apelación en la segunda instancia.

La evolución histórica del primero de los plazos -el específico de comparecencia ante el ad quem- está marcada por los condicionamientos del tiempo y del espacio propios de cada época. Si en los textos jurídicos= del siglo XIII se partía del principio de que debía ser el juez (a quo) quien designarse el término idóneo, -teniendo en cuenta para ello la calidad del negocio, la clase de litigantes y la distancia- (331), y de - forma subsidiaria se establecían plazos legales, que la legislación desde el siglo XIV dispondría teniendo en cuenta la distancia entre los tribunales a quo y ad quem; sólo seis siglos más tarde la primera Ley de Enjuiciamiento, ("hecha en tiempos en que no hay las considerables dificultades que existían antes para las comunicaciones, en que estas son de día en día más rápidas, en que las grandes distancias han desaparecido por completo...") (332), podría al fin establecer por primera vez un plazo unitario de veinte días para la personación ante el superior. Pero veamos más despacio esta evolución.

Las fuentes castellanas bajomedievales, muy en la línea de lo estableci



do por una glosa acursiana singularmente original respecto de las fuentes romanas (333) establecían que debía ser el juez inferior, quien indicase a las partes "plazo guisado a que se pueda presentar el seguir - el alzada" (334), disponiendo subsidiariamente plazos legales para el caso de que "por aventura el juez nol pusiese plazo". Estos plazos legales variaban según las fuentes: dos meses según las Partidas (335), un año según el Doctrinal (336) y cuarenta días según el Fuero Real (337). El Espéculo, por su parte, contenía diversos plazos que dependían de la clase y situación del tribunal "juez de alzada" (338), criterio que estaría destinado a perdurar siglos puesto que, aunque ignorado por las Partidas, fue retomado en el siglo XIV por el Ordenamiento de Alcalá<sup>(339)</sup> y recogido después en todas las Recopilaciones hasta principios del siglo XIX (340).

El Ordenamiento de Alcalá, siguiendo pues muy de cerca al Espéculo (341) disponía que el plazo para comparecer ante el superior, si la alzada fuese "antel Rey", debía ser de cuarenta días "si fuese allende de los puertos" (es decir al sur del Macizo Central al Norte del cual se situaba la Real Chancillería de Valladolid), y "si fuere allende los puertos hasta quince días". El plazo de tres días se establecía para las alzadas interpuestas ante "Los Alcañes del Rey" y ante los "Alcañes de la Villa" para ante otro juzgador mayor en La Villa" (342). Las apelaciones de los jueces "de término para los Alcañes de La Villa" tenían sin embargo un plazo de nueve días. La Ley de Alcalá precisaba que

estos plazos, que debían computarse desde el "día que diere la alzada" (343), debían guardarse tanto para comparecer ante el superior "para seguir el alzada", como para "se querellar del judgador si non le quisiese dar el alzada". Por su carácter perentorio el transcurso de los plazos, sin el ejercicio del derecho por el apelante, determinaba la firmeza de la sentencia. Se especificaba, sin embargo, que el plazo otorgado para las alzadas dirigidas al Rey, gozaba de una ampliación automática de "nueve días e el tercer día de pregon según costumbre de la nuestra corte" (344).

Estos plazos siguieron vigentes durante los cuatro siglos siguientes, recogidos como fueron por todas las recopilaciones. La única modificación que experimentaron fue la supresión del plazo de "nueve días e el tercer día de pregon" que en Alcalá se había añadido a los plazos de personación ante el rey: en las Ordenanzas de Madrid de 1.502 (345) se ordenaba que los plazos establecidos en Alcalá debían guardarse estrictamente, sin esperar los terminos de doce días para todas aquellas "causas que vinieren a la audiencia por medio de apelación".

Este criterio de establecer plazos con consideraciones relativas a distancias, sobrevivió en algún texto aislado del siglo XIX: la Instrucción del Marqués de Gerona reducía los plazos tradicionales a "ocho días si ésta (la Audiencia) residiese en la misma provincia que el juzgado y de doce en otro caso" (346). Pero el criterio que triunfó en la

primera Ley de Enjuiciamiento civil fue aquel ya avanzado por la Ley de Enjuiciamiento Mercantil (347) un siglo antes: el plazo general de voine días para todos los casos (348). La segunda Ley de Enjuiciamiento - guardó este plazo para las apelaciones de sentencias definitivas en general (349), pero para las apelaciones de sentencias interlocutorias ad mitidas en un solo efecto creyó conveniente reducir el plazo a quince - días, dentro del cual el apelante debía presentarse con el testimonio - ante el Tribunal Superior (350).

El segundo de los plazos que establecen las fuentes históricas desde el siglo XIV, es un plazo general dentro del cual el apelante debía seguir la alzada "e de la acabar en la manera que sea librada del día en que - se alzare de la sentencia fasta un anno" (351). Era un plazo global den tro del cual debía desarrollarse y finalizarse la causa de apelación en la fase ante el juez ad quem.

La razón de ser de este plazo, provenía del deseo de controlar la duración de la fase del proceso en segunda instancia, cuyo impulso procesal dependía en casi todos sus trámites del apelante, ahora convertido en - actor, y quien podía quizás sentirse tentado a dilatar la resolución de la causa más de lo necesario, ahora que ya había obtenido la suspensión de la primera sentencia a su favor. Con esta intención, Justiniano ya - había dispuesto un plazo de duración máxima de la causa de apelación: - un año, prorrogable a dos si el apelante podía alegar un motivo justo -

por su retraso (352). Aunque este plazo había sido recogido por la Glosa (353), y por tanto se incluyó en el Derecho Común, extrañamente no figura en las fuentes medievales castellanas (354).

Como se trataba de un plazo importante, ya que la falta de precisión de las fuentes de la época sobre los términos y trámites de esta fase del procedimiento podía dar lugar a duraciones indefinidas de las causas pendientes en apelación, la legislación real intervino en 1.348, para llenar la laguna, estableciendo el plazo peremptorio de un año dentro del cual debía quedar finalizado el proceso en segunda instancia, "salvo si oviere y embargo de derecho porque se non puede seguir, nin acabar". (355).

Esta Ley de Alcalá sobre la duración máxima de la alzada se mantuvo vigente, a través de las Recopilaciones (356) hasta el siglo XIX, aunque con una serie de derogaciones singulares (357), de las cuales la más importante es la relativa a las apelaciones interpuestas ante los Regimientos. Para estas causas de cuantías menores, se estableció por disposición de los Reyes Católicos en unas Cortes de 1.480 (358) un plazo para finalizar la segunda instancia de treinta días, plazo otorgado al apelante para concluir el pleito, computable "desde el día que pasare el quinto día en que se pudo apelar y presentar...", después del cual se daba otro de diez días en el cual los regidores debían emitir el fallo correspondiente.

La diferencia entre estos dos plazos de duración de la segunda instancia, estaba, según discutía la literatura jurídica, en que el plazo general de un año debía abarcar no solo las diligencias del apelante, sino también el acto de terminación del proceso, es decir la sentencia (359), mientras que el plazo de treinta días se daba únicamente para que el apelante realizase todos los trámites que de su cuenta corrían para facilitar la instrucción de la causa por el "ad quem" (360). Esto último se desprendía perfectamente de la Ley por cuanto que preveía otro plazo específico de diez días para evaluar la sentencia de apelación.

Aunque la Ley de Toledo también especificaba que los treinta días debían computarse desde que transcurrió el plazo de cinco días otorgado para apelar, la doctrina discutió si debería reconducirse su cómputo a las reglas generales por las cuales se fijaban los "dies a quo" del plazo de un año: este comenzaba a transcurrir desde el día en que el apelante interponía la apelación (361). Sin embargo un sector mayoritario de la doctrina, en el que figuraban autores como Castillo de Bovadilla y Gutiérrez, se mostraron partidarios del cómputo establecido por la Ley, alegando que era más favorable al apelante (362).

Ambos plazos se afirmaron en principio fatales (363) y estrictamente improrrogables (364), lo cual suponía que una vez transcurridos, se tenía por decaído el derecho del apelante, por firme la primera sentencia y -

el recurso de apelación por desierto, en virtud de lo cual, revertía la jurisdicción devuelta al primer juez de nuevo, facultándole para ejecutar el fallo de primera instancia (365). Sin embargo este planteamiento de la peremptoriedad de los plazos admitía una serie de excepciones en las cuales el plazo "es visto suspenderse, y dormir" (366). La propia Ley de Alcalá, admitía que alegando la parte apelante "embargo de derecho porque non se puede seguir ni acabar..." (367), la sentencia no pasaría a la condición de cosa juzgada.

La literatura jurídica clasificó los "iusti impedimenti" según estuvieran motivados por un caso fortuito, por las partes o por el juez (368). Los impedimentos por causa fortuita -desde una tempestad a la casualidad de hallarse los testigos principales "absentes in partibus remotis" (369)-, así como aquellos por causa del apelante -como enfermedad o pobreza- (370), suspendían el transcurso del plazo. La suspensión del plazo no operaba sin embargo si el impedimento se debía a una conducta negligente de la parte, como la presentación de un "libellum ineptum", o de un procurador poco idóneo o sin poder suficiente (371).

En cuanto al transcurso del plazo por causa imputable al juez, aunque la Ley de Alcalá disponía la no suspensión del plazo pero el pago por el juez responsable de "las costas, e danos a las partes", la literatura jurídica interpretó que esto unicamente podía ocurrir si la parte no protestaba ante el ad quem, pidiéndole que diese la sentencia en el pla

zo. Si la parte apelante efectuaba esta "protestatio" diligentemente, -  
 "non currunt fatalia" (372).

La parte que adujese un "iustum impedimentum" debía probarlo por jura -  
 mento (373) pero si específicamente pretendiese obtener una prórroga de  
 otro año fatal para terminar la causa, entonces el juramento como medio  
 probatorio resultaba insuficiente y debía probarse al menos por dos tes-  
 tigos (374).

Los autores coinciden en afirmar que el carácter fatal de los plazos de  
 duración de la segunda instancia estaba establecido en favor de la cau-  
 sa pública y la eficaz administración de la justicia, "de modo que cla-  
 man por ella la necesidad y utilidad del Estado, y el beneficio procomu-  
 nal de los vasallos, que se interesan todos en no hacerse inmortales -  
 los litigios", como escribía Elizondo (375). A pesar de todo esto, mu-  
 chos de ellos -principalmente desde el siglo XVIII- denuncian que en la  
 práctica de los tribunales no se guardan los tales plazos (376).

Las Leyes de Enjuiciamiento no se preocuparían por establecer un plazo=  
 general en el cual debían quedar finalizadas las causas en la segunda -  
 instancia, sino que se interesarían preferentemente en regular los tér-  
 minos mínimos y máximos dentro de los cuales debía efectuarse cada uno=  
 de los trámites específicos, otorgando además al juez ad quem, la facul-  
 tad de fijar los plazos exactos, y de prorrogarlos incluso cuando las -  
 circunstancias lo exigiesen.

El supuesto de ausencia injustificada de la parte apelante en el proceso de segunda instancia, suponía que una vez transcurridos los plazos fatales la sentencia de primera instancia devenía firme y ejecutable. - El apelante perdía por tanto su derecho a proseguir el recurso y a obtener otra sentencia más favorable a sus intereses. Era el caso de la apelación desierta.

La normativa justiniana sobre este tema había sido dispar. Por un lado se había sancionado que el apelante que no proseguía su apelación en el debido tiempo, perdía el recurso y la primera sentencia adquiría firmeza (377). Por otro, una novela posterior había dispuesto que el juez superior debía dirimir el proceso en segunda instancia aun en ausencia de cualquiera de las partes, decidiendo objetivamente sobre la causa (378). Los glosadores, quizás influidos por la actitud hostil que la práctica jurídica contemporánea mostraba hacia el contumaz, adoptaron el primer criterio para el caso de apelante ausente, así como para el caso de la ausencia de ambos apelante y apelado. Sin embargo para el supuesto de ausencia del apelado, decidieron que, en favor del apelante, debía librarse la causa de apelación por el superior. En todos los casos se convenía que la parte ausente debía ser condenado a pagar las costas de su adversario (379).

Las Decretales canónicas también resolvían a favor de la firmeza de la primera sentencia si "appellans vero non prosequens appellationem suam"



y de una condena en costas al ausente; estableciendo que el transcurso de los plazos fatales en la apelación suponía una reasunción del "iudex a quo" de la jurisdicción en la causa, por lo cual podía ejecutar la sentencia (380).

Del mismo modo, en Castilla, desde el Fuero Real, la parte "que se alzó e non aparesciere nin seguiere el alzada por si o por su personero", provocaba el tránsito de la primera sentencia en cosa juzgada, y estaba obligada a pagar las "costas a la otra parte que rescibió el juicio si por si o por su personero seguio el alzada" (381). Todas las demás fuentes bajomedievales recogían esta disposición en términos parecidos (382), menos las Leyes del Estilo, que aunque también decretaban la firmeza de la primera sentencia "pues dejó de seguir el alzada", no mencionaban la condena en costas, y precisaban que el apelado en este caso "non es tenado de seguir el alzada que el su contrario fizo" (383). En la regulación del caso de ausencia del apelado en la segunda instancia, también seguían las fuentes al Fuero Real: "Aquel que ovier de judgar la alzada, vea las cartas e oya las razones del que se alzó, se judgue aquello que entenderá que es derecho" (384), advirtiendo seguidamente al juzgador que debía cerciorarse de si el apelado había sido efectivamente citado para comparecer ante la instancia superior, pues de otra forma debía emplazarla "e si venier, oya a él e a su contendor". A pesar de esta última precisión, que fue recogida como la Ley en general no solo en las Partidas y el Espéculo (385), sino en todas las recopilacio-

nes (386), las Leyes del Estilo daban reglas diferentes respecto del emplazamiento de la parte apelada. Disponían que en el caso de que el apelado hubiese comparecido ante el ad quem en un primer momento, pero se hubiese ausentado después, el juez no tenía que emplazarle, a no ser que en la causa de la alzada hubiesen "entrado razones de nuevo, o las pusiere la parte después", en cuyo caso era conveniente oír al apelado sobre ellas (387). De cualquiera manera se siguió el criterio de que en la causa de apelación podía procederse "lite non contestaba" (388) siempre que hubiese una parte interesada en ello, parte que en la mayoría de los casos era el apelante, aunque no podía descartarse la posibilidad de que también lo estuviese el apelado que se hubiese adherido a la apelación de su contrario (389). Por último, las fuentes establecían que en el supuesto de que ninguna de las partes "siguiese el alzada a los plazos sobredichos" (390), la primera sentencia adquiriría firmeza, aunque ninguno de los litigantes tendría que pagar costas, puesto que en definitiva "nullae sunt expensae factae", como explicaría Montalvo (391).

El supuesto de ausencia del apelante fue uno de los temas que más llamaron la atención de la literatura jurídica. La doctrina castellana desde el siglo XV repitió las argumentaciones de glosadores y comentaristas. La ausencia del apelante suspende la apelación (391 bis), por lo cual se produce "ipso iure" una devolución de jurisdicción al primer juez a la vez que la sentencia de primera instancia adquiere la condición de

firme (392). La condena en costas al ausente no se entiende como una pe  
 na impuesta al apelante contumaz, sino que como explicará ingeniosamen-  
 te Bonifacio, siguiendo a Baldo, el apelante desertor se convierte en -  
 "victus" en la causa por lo cual debe aconar las costas al "victor": -  
 -apelado que compareció- como en cualquier litigio (393). El problema -  
 principal consistía en valorar el momento exacto en el cual se producía  
 la deserción del recurso, para que pudieran entrar en juego las conse-  
 cuencias mencionadas. El juez a quo no podía ejecutar la sentencia a me-  
 nos que constase expresamente que la apelación estaba desierta: y este  
 hecho solo podía deducirse o de los autos del pleito o por el transcur-  
 so del plazo general dentro del cual debía quedar terminado el recurso=  
 (394). Para los casos dudosos, era necesario que el juez se pronunciase  
 sobre la deserción del recurso antes de proceder a su ejecución.(395)

Establecida esta presunción negativa sobre la deserción de la apelación  
 la doctrina discutió si el juez debía de oficio declarar el recurso de-  
 sierto, o si debía contar para ello con una petición de la otra parte.=  
 Autores italianos como Scaccia (396) y Lancelote (397), muy manejados -  
 por nuestra literatura, mantenían que el juez debía proceder de oficio=  
 a ejecutar la sentencia, aún sin declaración de deserción, y en todo=  
 caso la declaración debía hacerse de oficio. Tal opinión tuvo una acogi  
 da favorable entre un sector de la literatura castellana (398), pero ha  
 bía que rendirse a la evidencia de la práctica: las obras de la litera-  
 tura desde el s. XVII describen un procedimiento que a este efecto ha -

ido desarrollándose en la realidad de los tribunales. La parte apelada debía acudir al juez para obtener una declaración de deserción del recurso, si quería poner en marcha la ejecución de la sentencia apelada. Para precisar que juez -si el a quo o el ad quem- estaba facultado para declarar la apelación desierta, la doctrina clasificó la deserción en tres grupos, dependiendo del momento en que el apelante había abandonado el recurso. La deserción podía producirse por no apelar en el plazo establecido para ello, o si habiendo apelado no se compareció en tiempo ante el juez superior, o, por último, si habiendo comparecido ante el juez superior se abandonó después la causa de apelación (399). En los primeros dos casos el juez facultado para declarar la deserción era el a quo, ya que detentaba todavía la jurisdicción sobre la causa (400). En el último caso debía ser el ad quem quien se pronunciase sobre la deserción, puesto que el a quo estaba ya inhibido de la jurisdicción sobre la causa.

Anteriormente a la mitad del siglo XVI (401) cuando todavía estaba en vigor el acuse de tres rebeldías para poder declarar a la parte contumaz, el procedimiento para obtener la declaración de deserción de la apelación consistía en acudir ante el juez el apelado, pidiéndole que notificase al apelante rebelde para que compareciese a "mostrar las diligencias de su apelación", lo cual había de hacerse por tres veces, "acusándole siempre de rebeldía" (402). Al tercer término el apelado debía presentar una petición al juez, haciendo constar el acuse de las

tres rebeldías, y exhortándole a declarar la sentencia por pasada en cosa juzgada y la apelación por desierta. Después de abolido el sistema de las tres rebeldías, bastaba con la acusación de una sola, seguida de la petición de declaración de deserción (403).

En las obras del siglo XVIII (404) este procedimiento aparece configurado como "juicio sumarísimo", impulsado por la presentación de un escrito por el apelado al juez correspondiente, en el cual se pide que se declare el recurso por desierto. El juez daba traslado de este escrito al apelante para que alegase una excusa legítima por su ausencia, lo que Cañada llama la "excepción de legítimo impedimento" (405). No presentándose el apelante en el término dispuesto para ello por el juez, éste declaraba la sentencia firme, y el recurso desierto. Con esta declaración el apelado podía pedir que se dictase un auto de ejecución de la sentencia. Este procedimiento largo y gravoso para el apelado, se veía aún empeorado por el hecho de que el pronunciamiento de deserción del juez era apelable, y en ambos efectos puesto que estaba considerado como una interlocutoria con fuerza de definitiva (406). Para atajar todas estas dificultades, un autor como Elizondo (407) aconsejaba que en vez de utilizar ese procedimiento, lo más práctico era pedir directamente la ejecución de la sentencia, dando por hecho la deserción de la apelación, puesto que se acortaban los trámites y además el auto de ejecución era inimpugnable (408).

Conviene precisar que la declaración de apelación desierta únicamente - tenía lugar en la práctica de las causas civiles, puesto que en las cri minales aun en ausencia del apelante, el juez ad quem debía proseguir - en las causas de oficio "a instancia del fisco o denunciador" (409).

Solo con la codificación procesal desaparecería el trámite de declara - ción de apelación desierta, trámite que condenarían los procesalistas - del XIX por considerarlo una "práctica abusiva", según las palabras de= Gómez de la Serna (410), al servicio de los apelantes maliciosos intere sados en dilatar al máximo los pleitos.

La Ley de Enjuiciamiento primera declaraba en primer lugar que transcu - rridos los cinco días otorgados para apelar, la sentencia quedaba de he cho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, matizando especí - ficamente que esto ocurriría "sin necesidad de declaración alguna" - (411). En el caso de tratarse de una deserción del apelante una vez in - terpuesta la apelación, es decir un caso de rebeldía en segunda instan - cia en sentido propio, la Ley disponía que el recurso se declararía de - sierto a la primera rebeldía que acusase el apelado (412), lo cual supo - nía que se derogaba la práctica de expedir reales provisiones con las - cuales se emplazaba al apelado para que viniese a justificar su incompa - recencia (413). La providencia que declaraba el recurso desierto, sólo= era suplicable ante la misma sala que la dictó (414). La Ley, además, - exigía que el apelante compareciese antes de proceder al trámite de la=

formación del apuntamiento, "porque sería ocioso el trabajo e inútiles los gastos, si por su no comparecencia en tiempo oportuno se declara desierta la apelación" (415).

En cuanto al supuesto de incomparecencia del apelado en la segunda instancia, la causa seguía su curso, y las providencias dictadas en ella se le notificaban "en los Estados del Tribunal" (416). Más innovadora resultaba la ley para el caso de incomparecencia de ambos apelante y apelado. Si en el derecho histórico se establecía que la sentencia adquiría firmeza, como hemos visto, la Ley de Enjuiciamiento dejaba en suspenso la causa, estableciendo que podía reanudarse "en cualquier tiempo" que el apelante se presentase (417). Esta "puerta abierta al litigio por tiempo indefinido", explicará Gómez de la Serna, estaba basada en el hecho de que los tribunales no debían actuar de oficio "promoviendo los intereses de los litigantes, ni obligándoles a pleitear", y siempre podía volver el apelante a seguir el recurso o el apelado a pedir que se declarase desierto (418).

La segunda Ley de Enjuiciamiento Civil simplificaba aún más el procedimiento en caso de incomparecencia de los litigantes en la segunda instancia. La no comparecencia ante el superior en el plazo establecido del apelante, suponía una declaración automática de deserción del recurso, sin necesidad de que la otra parte acusase rebeldía (419) y su condena en costas (420) -extremo que no había previsto la Ley anterior-.

La incomparecencia del apelado, como anteriormente se disponía, tampoco= variaba el curso de la causa en segunda instancia, pero se preveía su - posterior personación en el recurso, caso en el cual se le admitía como= parte aunque en ningún momento podía retrotraerse el procedimiento (421). El supuesto de incomparecencia de ambos litigantes ya no se preveía, - puesto que suprimido el trámite de acuse de rebeldía por el apelado, podía asimilarse al caso de no comparecencia del apelante.



## 2. LA INSTRUCCION DE LA CAUSA DE APELACION ANTE EL JUEZ AD QUEM

Las fuentes medievales contienen textos muy escuetos sobre esta fase - del procedimiento, y las fuentes posteriores apenas añaden nada nuevo - sobre ella. La literatura jurídica, principalmente a partir del siglo - XVII nos ofrece descripciones fragmentarias de los principales trámites que se han ido modelando en la práctica procesal de los tribunales. Resulta por tanto muy difícil ofrecer una descripción coherente de la evolución histórica del procedimiento en esta fase. Intentaremos pues, - ofrecer una visión general de la forma de discurrir de la fase de instrucción ante el juez ad quem, destacando los aspectos principales.

Partiendo de las fuentes bajomedievales, se observa que el juez superior debía primeramente instruirse sobre la causa a partir de las "litteras testimoniales" y los autos del proceso que la parte había traído consigo al personarse en la instancia superior. Según el Fuero Real (422) el juez debía, una vez personadas las partes ante él, ver "el juicio del alzada e las razones porque él fue dado, e las razones porque el alzada fue fecha...", después de lo cual pasaba a pronunciarse sobre la causa. Las Partidas (423), resultaban un poco más explicativas: "... ha de abrir la carta en que es escripta el alzada e catar muy afinadamente el pleyto como pasó, et las razones como fueron tenidas, et el juicio como fue dado, et decir a la parte que muestre los agravamientos que rescebió sobre aquello que judgaron contra el porqué se al-

zó". Frente al Fuero Real, las Partidas añadían un trámite importante: el apelante debía hacer una expresión de los agravios que le comportaba la decisión judicial que había impugnado, lo que la literatura jurídica llamará más tarde "la mejora de la apelación".

A pesar de que estas fuentes no mencionaban ningún trámite relativo a la admisión o visto bueno del recurso por el juez ad quem antes de proceder en la causa, en la práctica se introdujo, probablemente por influencia del derecho canónico. En este derecho, tanto en las fuentes (424) como en la obra doctrinal de Durante (425), se había establecido la necesidad de revisar por el juez ad quem la "causa probabilis" de la apelación antes de citar a las partes para darles audiencia, y de mandar la orden de inhibición al juez inferior. En el caso en que el superior no apreciase el gravamen o la injusticia de la sentencia prima facie, enviaba de nuevo la causa al inferior, rechazando el recurso de apelación.

Asimismo, en la legislación castellana desde mediados del siglo XVI aparecieron leyes prohibiendo dar inhibitorias a los jueces inferiores antes de haber recibido el ad quem los autos del proceso (426) y en algunas causas, como aquellas de las apelaciones "tocantes a gobernación", no podían darse inhibitorias antes de recibir del inferior una relación de la "razón y la causa que les movió a hacer lo que hicieron" (427). La literatura jurídica de los siglos XVII y XVIII (428) refiere este

trámite de admisión del recurso como necesariamente previo al comienzo del conocimiento de la causa en segunda instancia. Después de presentado el apelante con el testimonio de la apelación, el superior debía admitir el recurso previamente a entregarle una "littera compulsoria" para obtener los actos del proceso del juez inferior y una "littera citatoria" para el apelado. Esta "citatoria" que el superior expedía para que el inferior emplazase al apelado sólo podía darse si el apelante había traído consigo el testimonio de haber interpuesto la apelación (429). Unicamente después de trasladados y examinados los autos, podía el superior dar la inhibitoria para el primer juez, seguro ya de haber advertido una "causa justa de litigar", de otro modo, el proceso se remitía de nuevo a la instancia inferior condenando al apelante en las costas (430).

¿Qué cuestiones examinaba el juez superior para admitir o rechazar el recurso? Según Durante debía examinar las principales cuestiones de forma: si el recurso fue interpuesto en tiempo debido, si consta alguna forma de renuncia tácita o expresa del apelante, si su objeto es lícito etc (431). Según el testimonio de autores de nuestra literatura del XVIII, el juez ad quem debía examinar en primer lugar si de hecho se interpuso la apelación (por lo cual sin testimonio no se daba la provisión citatoria al apelante), después si la causa apelada le correspondía competencialmente por razón de la cuantía (432) y también si la apelación presentada procedía o no en dos efectos, pues en caso de no pro-

ceder en el suspensivo no tenía que librar orden de inhibición al inferior (433).

Una vez admitida la apelación en la segunda instancia, expedidas las provisiones compulsorias, citatorias e inhibitorias llegaba el momento en el cual el apelante debía hacer expresión de los agravios motivo de su impugnación, y el apelado contestarle refutando sus alegaciones. Era el momento de la "litis contestatio" que en el proceso de segunda instancia se había afirmado como trámite dispensable desde los glosadores (434), como una especialidad propia de la apelación frente al proceso ordinario: el ad quem podía dar una sentencia válida, aún faltando la respuesta del apelado a los agravios alegados por el apelante (435).

La "expresión de agravios" del apelante o "mejora de la apelación" como se llamará por la doctrina desde el siglo XVII (436), consistía en la presentación de un libelo -"libellum gravaminum"- (437) en el cual se expresasen los puntos de la sentencia que la parte agraviada consideraba injustos o no ajustados a derecho. En este libelo debía también la parte denunciar los actos atentatorios que se habían cometido "appellatione pendente" (437b), pues este era el momento en el cual el superior debía revocarlos, antes de proceder en la causa principal (438). El "libellum", debía también contener la petición de que se admitiese en dos efectos si solo se admitió en uno y el apelante desea la suspensión de la sentencia, y también la petición de recimiento a prueba, punto sobre el que volveremos más tarde.

Las fuentes no especifican en ningún momento el plazo dentro del cual - debía presentarse el "libellum gravaminum", pero algún autor como Domin guez (439) menciona que el apelado podía pedir al juez que le pusiese - al apelante un plazo perentorio para que "diga y alegue contra la sen - tencia por apercibimiento", para evitar así que el apelante retrasase - demasiado la presentación, apurando el plazo general en el que debía - quedar finalizada la segunda instancia, para que su adversario no pudiese contestar a tiempo.

El apelante podía contestar a este libelo de expresión de agravios, refutando sus alegaciones y probándolas en contra (440). Podía también en este momento adherirse a la apelación de su contrario, mediante un "pedimento de agravios medio", como lo llamará Elizondo, para contraponerlo al "pedimento expresivo de agravios" del apelante (441).

El derecho del apelado a adherirse a la apelación de su contrario, para obtener a su vez una modificación de los puntos de la sentencia que de alguna manera le resultasen gravosos, no aparece recogido en ninguno de los textos histórico-jurídicos castellanos. Apareció y se desarrolló, sin embargo, en la práctica procesal, probablemente por influencia de la literatura jurídica, desde la recepción del Derecho Común, y fue finalmente recogida por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento de 1.855 (442).

Los glosadores habían recogido la disposición justiniana que, modificando el derecho clásico anterior, permitía que en la causa de apelación el iudex ad quem pudiese modificar la sentencia en favor del apelado (443). Una glosa de Pillio (444) especificaba que tal modificación sólo podía hacerse respecto de la parte de la sentencia que fue impugnada, y que en ausencia del apelante tal modificación favorable no podía tener lugar, por cuanto que la apelación desierta suponía en este caso el fin del recurso. Añadía sin embargo, que siguiendo a otra ley del Digesto (445), podía argumentarse todo lo contrario, puesto que este beneficio otorgado al apelado era independiente del comportamiento de su adversario. En esta glosa estaban ya planteadas dos cuestiones esenciales al tema de la adhesión que retomarían las generaciones de juristas posteriores hasta el siglo XIX: La adhesión ¿era un beneficio independiente de la apelación, o por el contrario, dependía de ella para subsistir en todo momento y estaba además limitada en su extensión por la apelación principal?.

La polémica sobre el primer punto -la vida autónoma de la adhesión- se reproduce por Durante en su "Speculum iuris" (446), y este autor se pronuncia partidario de la opinión que niega la posibilidad de la subsistencia de la adhesión, una vez renunciada la apelación principal por el apelante. Los comentaristas, probablemente intentando imponer una opinión conciliadora, establecieron el principio de que el apelante no podía renunciar a la apelación que había interpuesto en perjuicio de la -

parte contraria (447). Por otra parte, en el tema de la apelación adhesiva de los litisconsortes que litigaban en la misma causa, alegando el mismo derecho, y que habían sido condenadas por la misma sentencia, también la escuela del comentario estableció la regla de que, si uno de ellos apelaba -y por tanto extendía los efectos del recurso a los demás- (448), y después desistía de su apelación los otros litisconsortes podían proseguir el recurso, a pesar de haber abandonado la parte que de hecho apeló (449). La combinación de estos dos principios -dentro del ámbito general de la adhesión- resultaba en considerar ficticiamente que el apelante no había renunciado a su apelación de derecho -aunque de hecho lo hiciese-, y que de cualquier manera el apelante adhesivo podía continuar independientemente el recurso para perseguir su derecho, pues la renuncia del apelante jamás podía perjudicarlo (449 bis).

La literatura jurídica del siglo XVII, que se interesó mucho por la figura de la apelación adhesiva, la configuró como un remedio accesorio y extraordinario otorgado al apelado, totalmente condicionada por la apelación principal a la que se había sumado: la apelación adhesiva era la sombra de la apelación principal. Suárez de Figueroa, en su tratado monográfico "De Jure Adhaerendi", define la adhesión como un remedio subsidiario otorgado en razón de la apelación omitida, mediante el cual pueden obtenerse los mismos resultados que si se hubiese apelado (450). La adhesión, según este autor, está fundamentada por naturaleza en la apelación principal, sin la cual no puede existir (451): por ella se en

tiende que el apelante y el adherente forman "un sólo espíritu" (452),= puesto que ambos persiguen un mismo fin (453).-la revocación de la sentencia en la parte que a cada uno le es gravosa-, y no pueden establecerse diferencias entre ellos desde el punto de vista procesal. La razón última de la adhesión reside en que el derecho a obtener una modificación más favorable de la sentencia a través de la apelación es común a ambas partes (454), y si una de ellas ha interpuesto ya el recurso, -resultaría superfluo que la otra lo interponga de nuevo duplicando los trámites. En este punto la doctrina se preocupó por clarificar un tema importante. La extensión del remedio de la adhesión no podía salirse de los límites de la apelación principal por la sencilla razón de que el juez superior sólo podía conocer de la parte de la sentencia que había sido apelada, pues conforme a la máxima "*tantum devolutum quantum appellatum*", sólo tenía jurisdicción sobre los puntos que habían sido impugnados. Para explicar esta idea autores como Suárez de Figueroa y Sca -ccia, retomando un texto de Baldo (455), tomaron la hipótesis de una -sentencia compuesta por varios capítulos separables, unos favorables y otros contrarios respectivamente a cada una de las partes. De esta sentencia cabía apelar de dos formas: bien mediante una apelación "simple" que la impugnara en su totalidad, o bien mediante una apelación restrictiva a los capítulos que la parte consideraba perjudiciales a sus intereses. En el primer caso, el apelado podía siempre adherirse, por cuanto que el recurso devolvía la jurisdicción total sobre la causa al superior, quien podía conocer sobre todo los capítulos (456). En el segun -



do, sin embargo, no cabía la adhesión del apelado puesto que el superior no tenía jurisdicción sobre los capítulos que le resultaban gravosos a él, aunque sí podía interponer una apelación independiente sobre ellos (457).

En razón de la naturaleza idéntica de la apelación y la adhesión, ambas debían regirse por las mismas disposiciones de derecho: el plazo, por tanto, para adherirse será el mismo de la apelación, -cinco días- si bien computable desde el momento del acto que le fundamenta: la expresión de agravios por el apelante (458). La forma de la adhesión debe ser escrita, a semejanza de la apelación (459). También las limitaciones impuestas en la apelación existen para la adhesión: por ejemplo no cabe adhesión en el caso de la apelación interpuesta por un menor que esté utilizando el remedio especial de la "restitutio" (460).

La literatura del XIX recibió en general la teoría sobre la adhesión elaborada por la doctrina del siglo anterior (461). Hubo, sin embargo, un movimiento de reacción contrario al principio de la adaptación de la adhesión a los límites de la apelación principal, encabezado por el procesalista Cañada (462). Para este autor el tema de la adhesión debería reconducirse de nuevo a su configuración original en la norma justinianea del Codex, por la cual se entendía que el apelado gozaba de una facultad independiente y libre para usar de ella... con la sola condición que la parte contraria haya apelado proponiendo las causas de su apela-

ción" (463). Según esta opinión, el apelado, independientemente del alcance material de la apelación de su contrario, puede, mediante su adhesión, pedir la revocación de cualquier capítulo de la sentencia que le resulte gravoso, ante el juez superior. Esto se debe, explica Cañada, a que no puede presuponerse que la parte que no apela de la sentencia en algún artículo que le perjudica, consiente en lo juzgado. Por el contrario, debe entenderse que únicamente decide aceptar el perjuicio, a fin de conformar "el espíritu de las leyes que desean brevedad y fenecimiento de los pleitos" (464). Al apelar su adversario, su intención se ve frustrada y "no sería justo el que quedase engañada y expuesta a perder lo favorable que había logrado en la sentencia y que no pudiese mejorarla" (465). La adhesión, la concibe Cañada, como un derecho del apelado a obtener una modificación de la sentencia a su favor, perfectamente independiente de la apelación principal, y cuya actuación no puede estar restringida por ésta. La apelación principal, es sin duda la base fundamental de la adhesión, su punto de arranque, pero no necesariamente su vehículo a través de la segunda instancia. La adhesión una vez surgida, adquiere vida y entidad propia, y sigue un cauce independiente. Se comprenderá que esta concepción tiende a presuponer que el apelado pueda seguir el recurso una vez que se adhirió, aunque su adversario renuncie en la vía principal.

Cañada fue uno de los procesalistas más estudiados por la doctrina del siglo siguiente (466), y sus ideas trascendieron a lo que la primera

Ley de Enjuiciamiento recogió sobre el tema de la apelación adhesiva. - Las mismas palabras de Gómez de la Serna justificando la adhesión tal y como la configuraba el código procesal, apuntan a la idea de un remedio materialmente independiente de la apelación principal: "...no hubiera sido justo, que al mismo tiempo que al apelante se le franqueaba sin reserva el derecho de impugnar en todas sus partes la sentencia, se negara que a su vez el apelado pudiera hacerlo de todo lo que el fallo tuviera de perjudicial para él" (467). La Ley, además, no dejaba lugar a dudas, por cuanto que establecía que el apelado podía adherirse a la apelación de su contrario "en los extremos en que la sentencia pueda haberle sido perjudicial" (468). Autores como Vicente y Caravantes y Hernández de la Rúa, justificaron esta disposición, explicando que una vez producida la adhesión y "rota la obligación que nace del presunto consentimiento, deben restituirse las cosas al primitivo estado de igualdad" (469). La Ley sin embargo, nada disponía sobre la posibilidad del adherente de seguir la apelación si el apelante en vía principal había desistido o renunciado de ella. Un sector de la literatura, opinó que dada la concepción independiente de la adhesión era perfectamente posible, siempre que el apelante no hubiese abandonado el recurso antes de que el apelado se hubiese adherido a él, porque en este caso faltaría la causa esencial del remedio de la adhesión (470). Sin embargo, algún autor como Vicente y Caravantes opinaba lo contrario: el desistimiento del apelante no podía acarrear aquel del apelado, por cuanto que el derecho a adherirse "nació desde que aquel interpuso la apelación, sin -

que para que subsista, sea necesario que lo haya ejercitado anteriormente" (471).

Fue esta última concepción, que tanto se apartaba de la original del derecho de adhesión, por cuanto que reducía a un mínimo, insuficiente a todas luces, las condiciones jurídicas de la existencia de este remedio, la que triunfó a la hora de llenar la laguna que sobre este punto tenía la primera Ley de Enjuiciamiento. La segunda Ley, aceptaba que el apelado pudiese adherirse a la apelación en los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito en el cual el apelante se separaba del recurso (472), con lo cual quedaba definitivamente desvirtuada la naturaleza accesoria de la adhesión.

El primer trámite, que según las Leyes de Enjuiciamiento tenía lugar, una vez recibidos los autos en el tribunal superior y presentado en tiempo y forma el apelante, era el traslado de los autos al Relator para la Formación del Apuntamiento (473).

El apuntamiento o memorial ajustado, vigente en nuestro sistema procesal hasta 1.966 (474), consistía en un "extracto o resumen histórico del pleito" (475) que debía contener una relación de todas las actuaciones del proceso en primera instancia, la acción entablada, la razón en la que el actor la fundaba, las excepciones alegadas y las pruebas pro-

puestas y practicadas por los litigantes (476). El apuntamiento era el instrumento informativo por medio del cual "el tribunal, sin necesidad de ver los autos por si mismo, pueda formar juicio exacto y fallar con acierto en la causa" (477). Según Vicente y Caravantes, en la antigua práctica procesal el apuntamiento no se formaba hasta que la causa de segunda instancia estaba concluida para la sentencia definitiva, pero esta práctica fue derogada en la materia de aranceles judiciales en 1.838 (478), que establecía que "para evitar los gastos de dobles apuntamientos", este trámite debía llevarse a cabo inmediatamente después de que se remitiera el pleito al tribunal superior. La Instrucción del Marqués de Gerona (479) confirmaba lo establecido por esta ley, igual que la Ley de 1.855, que sin embargo exigía que el trámite se comenzara sólo después de la personación del apelante ante el superior.

Una vez formado el apuntamiento, debía entregarse con los autos a las partes, -primero al apelante y después al apelado-, por un plazo que el tribunal señalase a la vista del volumen de los autos. Este plazo variaba entre ocho y veinte días en la Ley de 1.855, y entre diez y veinte en la Ley de 1.881, prorrogable a treinta, "cuando la entidad y complicación del negocio lo requieran" según el primer código y según el segundo, cuando "el volumen de los autos exceda de dos mil folios" (480). Al finalizar este plazo las partes debían presentar un escrito de expresión de agravios, el apelante, y su contestación, el apelado, en el cual manifestasen su conformidad con el apuntamiento o las rectificaciones.

nes que creyesen necesarias (481), medio por el que se trataba de establecer un control sobre la exactitud del apuntamiento (482).

El escrito de agravios del apelante debía contener, una exposición hecha por el mismo orden que la demanda, de los extremos de la sentencia que consideraba injustos, con la correspondiente exposición de las razones de derecho y fundamentos de hecho que justifiquen la injusticia, y una petición de revocación o enmienda de la sentencia (483).

Por su parte el apelado, en su contestación al escrito de agravios de su adversario, debía alegar las razones que le asisten para atacar la apelación interpuesta, pidiendo que se confirme la primera sentencia (484). También en este escrito debía, en su caso adherirse a la apelación de su contrario, expresando los puntos de la sentencia que le resultaban perjudiciales (485).

La segunda Ley de Enjuiciamiento añadía que en estos escritos debía incluirse, en su caso, una protesta del quebrantamiento que de alguna de las formas esenciales del juicio se hizo en primera instancia, que en su momento fue reclamada y no estimada por el juez inferior, para así poder interponer en el futuro recurso de casación por quebrantamiento de forma (486). También en esta Ley se precisaba sobre un punto importante que en la anterior no se había especificado suficientemente (487): la petición del recimiento a prueba del pleito, debía expresarse median

te un otrosí en los escritos de ambos apelante y apelado, en el cual se expusiera también las causas que justificasen tal pretensión (488). Pero antes de seguir adelante con el procedimiento, conviene que tratemos sobre el problema de la prueba en el recurso de apelación.

### 3. EL "IUS NOVORUM" EN EL PROCESO DE APELACION: NUEVA DEMANDA, NUEVAS ALE- GACIONES Y NUEVAS PRUEBAS EN EL PROCESO DE SEGUNDA INSTANCIA

El proceso de apelación en nuestro derecho procesal no está concebido - como un "novum iudicium" respecto de la instancia anterior, sino más - bien como una prolongación de la primera causa cuyo objetivo consiste - en revisar la corrección de la primera sentencia, una vez protestada co - mo injusta y gravosa por el apelante. Un juicio revisor como este no - puede permitir la entrada indiscriminada de nuevos elementos que signi - fiquen una valoración "ex novo" de la causa, sino que tiende naturalmen - te a restringir al máximo los medios utilizables por las partes: se - aceptan únicamente los indispensables para poder verificar su acción - controladora sobre la primera sentencia.

Esta concepción restrictiva, cuya máxima expresión es el carácter de ex - cepcionabilidad de la prueba en el proceso de segunda instancia, se en - cuentra ya configurada en nuestro derecho desde las fuentes medievales - del siglo XIII. Resulta difícil establecer con certeza de donde deriva - esta concepción limitada del proceso de apelación como juicio meramente revisor. Estrictamente hablando no puede decirse que provenga ni de las fuentes romanas, ni del derecho común elaborado por los glosadores. Sin embargo, sus raíces más profundas si puede hacerse derivar de alguna de las afirmaciones que en momentos determinados se dieron en estos dos - sistemas. No hay que olvidar que, tanto el derecho romano postclásico -



como el derecho común, no fueron sistemas perfectamente uniformes, sino que estuvieron sujetos a una evolución en la cual se encuentran a veces concepciones vacilantes y contradictorias entre sí, aunque en líneas generales tendiesen ambos a cristalizarse finalmente en posturas determinadas. Por ello, antes de entrar a analizar las fuentes castellanas debemos examinar la evolución de los sistemas romano y común.

La apelación en el derecho romano clásico no tenía restricciones en cuanto a los medios por los cuales el apelante podía perseguir su derecho ante el juez superior, puesto que según Ulpiano se debía "persequi= provocationem suam quibuscumque modis patverit" (489). Esta libertad absoluta de medios y actuaciones en la segunda instancia fue ratificada posteriormente por una constitución del Diocleciano y Maximiano (490), por la cual la parte, con consentimiento del juez, podía presentar testigos no producidos en el primer juicio, así como nuevas pruebas y nuevas alegaciones en segunda instancia. La legislación más restrictiva en esta materia dentro del complejo del derecho post-clásico fue la constantiniana, que fue recogida en el Código Theodosiano junto con la de Diocleciano (491). Por ella se prohibió específicamente, no sólo la presentación de una nueva demanda en grado de apelación, sino también la reproducción en segunda instancia de los medios de prueba que se habían hecho valer en la instancia precedente. La legislación justiniana fue sin embargo favorable en general a la admisión del "ius novorum" en gra

do de apelación: el apelante podía alegar nuevos hechos, nuevas pruebas y nuevas excepciones sobre los puntos que ya se habían fijado en la primera instancia (492); esta posibilidad de justificar de nuevo los "vetera capitula" configuraba a la apelación como un verdadero "novum indicium", independiente y autónomo de la instancia anterior.

La glosa no podía ignorar esta tendencia favorable a la admisión del "ius novorum" de la legislación justiniana. Lo que preocupó a los autores de la Escuela y les hizo vacilar en sus planteamientos frente a las fuentes justinianas, fue según Padoa Schioppa (493), la dificultad que desde el principio confrontaron para diferenciar claramente entre las innovaciones que se admitían en la apelación y las que se prohibían, entre las nuevas alegaciones, excepciones y pruebas admisibles y las "nova capitula", prohibidas por cuanto suponían un cambio de la demanda. Se trataba de armonizar el principio por el cual la parte debía disponer de los máximos medios para defender su derecho en la segunda instancia, con el principio de que el juez "ad quem" debía conocer sobre la misma causa que se había ventilado por el inferior en la primera instancia, y no sobre una completamente nueva.

En un principio, la aceptación del "ius novorum" se concibió por la Escuela de forma restringida: para Irnerio, los "nova capitula" -prohibidos en apelación- eran las alegaciones de derecho que la parte no había aducido en primera instancia, en defensa de su causa (494). Poco des -

pués, sin embargo se impondría una postura contraria destinada a perdurar siglos en la Escuela: las partes pueden formular en la segunda instancia nuevas alegaciones, e incluso cambiar la acción que presentaron en primera instancia, con tal de que no alterasen el hecho principal - aducido, como diría Otton, o con el objeto principal de la controversia, la "res petita" como establecería Azzo en su *Summa Codicis* (495). La posibilidad de proponer una nueva acción en apelación, no sólo significaba una "causa petendi" diferente, sino también un "petitum" diverso, por cuanto que las consecuencias jurídicas que se derivarían de cada acción podían ser totalmente diferentes.

Según Padoa Schioppa, sólo al final de la época de la glosa, a mediados del siglo XIII, se operaría un cambio de actitud respecto del tema. El reactivo sería una glosa de Odofredo, fechada entre 1.259 y 1.260, que rechazaba de plano las tesis de las generaciones anteriores, afirmando que en apelación no podía entablarse una acción diferente a aquella que se había seguido en la primera instancia, no podía la parte cambiar las razones jurídicas en las que había apoyado su pretensión (496).

Respecto del tema concreto de la prueba, la glosa tampoco podía pasar por alto el principio favorable a su admisibilidad general en la legislación justiniana, por lo cual aceptó la posibilidad de alegar nuevas pruebas en segunda instancia. Solo la prueba testimonial fue objeto de controversia en la Escuela. Alberico extendió la prohibición de una no-

vela justiniana (497), de repetir testimonios en la misma causa, en razón de la corrupción y soborno que de ello podía resultar, a la segunda instancia, "quia eadem est ratio suspicionis" (498). La tesis de Alberico, que consideraba en definitiva que la primera instancia y la apelación eran fases de un mismo proceso que versaba sobre una misma causa litigiosa, tuvo bastante influencia en la Escuela, alimentando algunas opiniones que eran totalmente contrarias a la producción de testigos y nuevas alegaciones en segunda instancia (499).

Esta corriente de pensamiento que reducía excesivamente el ámbito de la apelación, convirtiéndolo en un mero control de la rectitud de la primera sentencia, pronto provocó una reacción contraria en el seno de la glosa. Bassiano, seguido por su discípulo Azzo, mantuvo -apoyándose en- que era un hecho real de la práctica contemporánea-, que en apelación -debía permitirse la producción de nuevos testimonios. Azzo, por su parte, mantenía que la causa de apelación era diferente a la primera, por lo cual no aceptaba, la derivación albericiana de la novela justiniana (500). Con la glosa acursiana, finalmente, se afirmaría otra corriente -de influencia canónica- favorable a la admisión de la prueba testifical, tanto sobre los hechos alegados en el primer juicio, como sobre los nuevos aducidos en apelación (501). Lo cierto es que, aunque es indudable la influencia canónica sobre esta opinión, no puede sin embargo decirse que refleje con exactitud las normas del Derecho Canónico en esta materia.

El Derecho Canónico concebía la apelación, como un proceso autónomo e independiente respecto del primer juicio, por cuanto que su objeto no estaba taxativamente limitado por el de aquel: se permitía al juez ad quem entrar a conocer sobre los "nova capitula" que pudiesen surgir de la demanda principal, y sobre estos podía el apelante presentar todo tipo de pruebas, incluida la testimonial (502). Sin embargo, la presentación de nuevos testigos sobre los "vetera capitula", no estaba admitida, como tampoco se permitía la reproducción de los testimonios que se habían verificado en la primera instancia (503). Respondía esta norma a un simple principio de economía procesal, pues ciertamente la repetición del proceso anterior en la apelación no tenía razón de ser, teniendo el juez superior acceso a los autos de la causa en primera instancia.

Las fuentes castellanas del siglo XIII contienen normas escasas y poco explícitas sobre el tema del "ius novorum" en la apelación. Las Partidas presentan indirectamente un concepto de apelación como fase de continuación del juicio anterior, ante un juez diferente. Siguiendo el principio justinianeo de que no deben recibirse en la misma causa nuevos testimonios, una vez publicado el resultado de los primeros (504) — norma que ya se contenía en el Fuero Real — (505) hacen a continuación una excepción para el "pleito de alzada". En segunda instancia será posible recibir nuevos testigos "sobre aquella cosa mesma en que fueron —

aduchos los primeros" (los "vetera capitula" (506), siempre que la parte jure ante el juez que no lo "faze por engaño, nin por malicia, nin por alongamiento: e quando los otros testigos dio delante del primero - judgador que non pudo dar estos, o que se non acordó dellos entonce" - (507). Del mismo modo, los "instrumentos" o "cartas" que el apelante hubiese encontrado después del primer juicio, podían ser presentados en - grado de apelación ante el juez superior (508).

El Espéculo y las Leyes del Estilo preveían también la posibilidad de - presentar nuevas alegaciones (509) en segunda instancia, y nuevas excepciones perentorias, "maguer non la oviese puesto ante del juicio finado del otro de cuyo juicio se alzó" (510), precisión que parece indicar - que el legislador las está excluyendo de la prohibición general de añadir "nova capitula" en la causa de apelación.

Se deduce de estas fuentes, que bajo sus preceptos late una concepción unitaria de los dos juicios de primera y segunda instancia, por cuanto - que en general la instancia de la apelación se rige por las mismas normas en materia probatoria que el juicio ordinario. No es posible presentar nuevas pruebas testimoniales una vez que se publicaron las anteriores y transcurrió el plazo preclusivo de la prueba. La prueba documental, sin embargo, si puede producirse hasta el último momento de la causa, al igual que la oposición de excepciones perentorias. La única concesión que excepcionalmente se le hace a la segunda instancia, consiste

en permitir la presentación de testigos, que no habían sido propuestos= ante el primer juez y que resultaban inasequibles, porque "non fuisse - en la tierra quando dió los atos: o fuisse en la tierra e non se ovis se acordado del para aduzir lo" (511).

Es muy difícil valorar el grado de recepción de la doctrina de la glosa sobre esta materia en nuestras fuentes medievales. Directamente, no se corresponden con ninguna de las afirmaciones específicas de los autores de la Escuela Boloñesa. Indirectamente son reconducibles a alguna de las corrientes restrictivas del "ius novorum" que sucedieren en el curso del movimiento exegético -principalmente a las opuestos por Odofredo y Alberico, que partían fundamentalmente de la idea de la naturaleza única de la causa a través de las dos instancias.

De cualquier manera, apartado desde el principio el derecho procesal castellano, de la corriente principal de la glosa en este punto, siguió una línea de evolución autónoma tendente a restringir aún más el ámbito de los elementos proponibles en la segunda instancia, en vez de reconocerse, como quizás hubiese parecido más natural, a los principios dominantes del sistema del derecho común.

Pero en su cauce independiente, todavía tomó del derecho canónico un principio que le ayudaría a consolidar aún más la naturaleza de su apelación como juicio meramente revisor de la primera sentencia. Era el

principio por el cual se prohibía la producción en segunda instancia de pruebas testimoniales "super eisdem vel contrario directo articulis", - que ya había fijado la Clementina "De testibus" (512), y cuyo tenor fue adoptado en una Ley del Ordenamiento de Alcalá de 1.348, destinada a - pervivir en el derecho castellano durante siglos a través de las Recopila- ciones (513). La Ley prohibía la presentación de testigos "en el pleyto principal, (y) en el pleyto de la apellacion sobre los articulos sobre que ya fueron traídos o sobre otros directamente contrarios" (514).

Los Reyes Católicos ratifican esta norma en el siglo siguiente, cuando en las Cortes de Madrigal de 1.476, son informados de que de hecho en - la práctica de las Audiencias viene recibiendo "a prueba a algunas de las partes sobre los mismos artículos e sobre los contrarios de aquellos que se hicieron las primera provanças..." (515). Establecen que sobre tales artículos sólo se admitirá prueba por "escrituras auténticas y por confession de la otra parte". Parece, sin embargo, que en la práctica se había extendido una fuerte tendencia favorable al "novum iudicium", pues pocos años más tarde se ven obligados a confirmar de nuevo este extremo en los Ordenamientos de Madrid de 1.502 y de Alcalá de 1.503, exigiendo a los jueces de apelación que examinen cuidadosamente los artículos que fueron probados en las instancias precedentes, con el fin de asegurarse de que las partes no proponen de nuevo pruebas testimoniales sobre ellos, e imponiendo además multas a los Letrados que incurran en tal práctica (516).



Las Ordenanzas de Madrid también regulaban la presentación en segunda instancia de escrituras que "el autor nuevamente fallare" y la posibilidad de oponer nuevas excepciones. En cuanto a la prueba documental (nueva reperta), se remitía a las normas del juicio ordinario sobre la forma de recepción y los plazos, y establecía la inapelabilidad e insuplimentabilidad de la providencia por la cual se admitiese ésta por el superior (517). Sobre las "nuevas excepciones en apelación que no fueron opuestas en la primera o puestas fueron repulsas", se declaraban admisibles a prueba, en un plazo que debía poner el juez, siempre que no excediese de aquel otorgado para la primera instancia (518).

Toda esta normativa pasó desde luego a las recopilaciones (519), y con ella las normas que desde el siglo XIV se habían dado en materia de nuevas alegaciones en grado de apelación (520). En las Cortes de Briviesca, los procuradores denunciaron al rey que, los abogados y procuradores "con malicia para alongar los pleitos e levar mayores ssalarios de las partes, fazen muy luengos escriptos en que non dizen cosa alguna de nuevo, salvo rreplican por menudo dos e tres e quatro e aun seys vezes lo que han dicho e está escripto en el proceso, e aun demás disputan allegando leyes e decretales e partidas e fueros..." (521). En estas mismas Cortes se impone una multa al letrado que insista en alegaciones repetitivas de las de primera instancia, y se establece que únicamente podrá en grado de apelación aducirse nuevas alegaciones aunque "...bien puede dezir por escripto" "digo lo que dicho he, e pido lo que pedido -

he, e además agora en esta segunda o tercera ynstancia digo e allego de nuevo tal e tal cosa..." (522).

La literatura jurídica explicó el carácter excepcional de la prueba en el juicio de apelación en base a su naturaleza común con la causa deducida en primera instancia. La exclusión del "ius novorum" se debía a que en el grado de apelación "no se ha de mudar la figura de el juicio de la instancia pasada", ni "se admite, lo que no se puede admitir en la primera" como diría Hevia Bolaños (523). Los extremos que fueron probados en la primera instancia, figuran en las actas que el apelante lleva ante el ad quem, "et faciunt fide in causa appellationis", por lo que lo único que cabía en esta segunda fase revisora de la anterior era que "non allegaba allegari possunt, et non probata probari" (524).

La prohibición de producir en segunda instancia nuevas pruebas testimoniales sobre los mismos artículos que se probaron en la primera, o aquellos derechamente contrarios, tenía según los autores una serie de excepciones importantes. Por razón de la materia, no tenía lugar en pleitos matrimoniales, ni en pleitos de hidalguías, ni en las causas criminales, según Covarrubias (525). Tampoco tenía lugar cuando los testigos se presentaron ante el primer juez y por alguna razón no fueron examinados (526), o si examinados no depusieron, alegando que no sabían o no recordaban (527). Según Salgado, pueden también admitirse pruebas sobre los mismos artículos, si las partes consienten en ello expresa o tácita

mente (528). También según mencionan otros autores como Hevia Bolaños, Domínguez y Azevedo, se admite en segunda instancia según "comun esti - lo" de los tribunales, probar sobre los mismos artículos cuando se pide por vía de restitución "in integrum" (529), o cuando el que se ofrece a probar es un tercero opositor (530), aparte de admitirse en apelación - las tachas a los testigos de primera instancia, siempre y cuando se hubiesen propuesto entonces y hubiesen sido rechazadas por el inferior - (531).

La configuración de la apelación como un juicio meramente revisor, estimaba la doctrina, supone que las partes deben utilizar exhaustivamente todos los medios que tengan para hacer valer su derecho en la primera instancia, pues de otro modo solo se dará lugar a dilaciones maliciosas en la causa (532) y al peligro de que las partes corrompan y sobornen a los testigos, para intentar paliar mediante las deposiciones convenientes, lo que no se pudo justificar en el primer juicio (533). Era la misma argumentación que se había dado en la Novela justiniana que prohibía la admisión de pruebas testimoniales, después de publicadas las primeras, y que en nuestro derecho histórico se repetiría durante siglos, tanto en los textos jurídicos como en las obras de la Literatura. Este planteamiento no significaba que en el caso de "justa causa" no pudiera la parte aducir en segunda instancia aquellos medios de defensa de los que no pudo realmente valerse en el primer juicio, aunque fuera una concesión de carácter excepcional (534).

La legislación del siglo XIX no pretendió cambiar el sistema del ámbito reducido de la prueba en apelación que el proceso histórico había mantenido durante siglos -antes bien se dedicó a afirmarlo. El Reglamento Provisional de 1.835 se remitía a las leyes antiguas en materia de prueba, y exigía a las Audiencias que, a pesar de "las prácticas introducidas en contrario", mantuviesen una actitud restrictiva respecto de su admisión en segunda instancia, "cerrando la puerta a nuevas probanzas - cuando sean inútiles e improcedentes y a toda dilación maliciosa o indebida" (535).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855 recogía el espíritu de la Legislación anterior (536), si bien adaptándolo a una sistemática diferente; sistemática basada en términos generales en la que la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1.830 había presentado (537). Las partes podían, antes de la notificación de la providencia que mandaba traer los autos a la vista, exigirse confesiones judiciales sobre los hechos "que no hayan sido objeto de otras que se hayan exigido en la primera instancia" (538) y podían presentar documentos, jurando siempre que no habían tenido conocimiento de ellos anteriormente (539). Respecto del recuento a prueba de los demás medios aceptados por la Ley (540), se admitía limitada a tres supuestos. En primer lugar, sólo cuando en primera instancia no pudo realizarse la prueba por causas no imputables a la parte (541). Esta limitación pareció ajustada a los principios de la justicia, según un autor como Caravantes, por cuanto que la ley suponía que

nadie está "obligado a hacer más de lo que está en sus facultades" - (542). Para Hernández de la Ruz, sin embargo, era una disposición excesivamente vaga y conducente a abusos, por lo que opinaba que la parte que proponía la prueba debía expresar y probar la causa que impidió el recibimiento a prueba en el primer juicio, y respecto a la imputabilidad o no del obstáculo al solicitante, afirmaba que debía oírse a la parte contraria antes de aceptarse el recibimiento a prueba por el tribunal (543). Las otras dos limitaciones al recibimiento a prueba en apelación eran de índole objetiva: la de haber ocurrido un hecho nuevo relacionado con el pleito, después del último día del término de prueba de la primera instancia, y el caso de haber tomado la parte conocimiento de un hecho que antes ignorase, y sobre el cual, por tanto no hubiesen girado las alegaciones y las pruebas en el primer juicio (544). Ambos supuestos debían darse con posterioridad a la primera instancia, pues de otro modo debían haber sido alegados y probados ante el juez inferior (545). En el primer caso, la parte que alegaba el hecho sobrevenido debía probar que había surgido después de la primera instancia, pero como esto era imposible en el segundo caso, la doctrina opinó, aunque la Ley no lo mencionaba, que debía exigirsele a la parte que jurase que no había tenido conocimiento del hecho anteriormente (546).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los años inmediatos a la puesta en vigor de la Ley de 1.855, añadió los tradicionales criterios históricos de interpretación a los preceptos del nuevo código. El reci-

miento a prueba en segunda instancia no debía otorgarse cuando las -  
pruebas practicadas en primera instancia resultasen suficientes, o cuan-  
do no se alegasen por la parte nuevos hechos de influencia notoria en -  
el pleito, y en caso de otorgarse debían las pruebas limitarse a los -  
puntos que no hubiesen sido objeto de prueba en la instancia anterior, -  
o que no fuesen directamente contrarios a aquellos (547).

La segunda Ley de Enjuiciamiento recogió en esta materia todas las dis-  
posiciones de la Ley del 55, ampliando sin embargo en algunos puntos -  
las posibilidades de proponer prueba en juicio de apelación. Respecto -  
de los supuestos en los que se admitía prueba en la segunda instancia, -  
añadía al lado de los que acabamos de exponer (548), dos más: la posibi-  
lidad de que la Sala estimase una diligencia de prueba que fue propues-  
ta y rechazada en primera instancia (549) y el supuesto en el cual, ha-  
biéndose el demandado declarado rebelde, presentado en cualquiera de -  
las dos instancias después del término de la prueba de la primera ins-  
tancia, debían admitirse todas las pruebas pertinentes que las partes -  
propusieran (550). Estos dos supuestos no eran innovaciones originales -  
de este segundo código procesal: el primero de ellos ya figuraba en la -  
Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1.830 (551), y la posibilidad de re-  
cibir a prueba en un juicio en rebeldía, ya lo había admitido la ante -  
rior Ley, tratando del tema de la audiencia del rebelde (552).

La segunda Ley de Enjuiciamiento añadía además otro precepto por el -

cual se ampliaba aun más el marco restrictivo del recibimiento a prueba - en la apelación. Imponía al tribunal superior el deber de admitir el re cibimiento a prueba, "sin más trámites", cuando las partes estuviesen - conformes "en su necesidad y procedencia" (553). Esta atenuación del ca rácter excepcional de la prueba en segunda instancia tampoco era una - creación "ex novo" de esta Ley: había sido ya aceptada por la práctica= procesal y por la literatura jurídica desde el siglo XVII, como exponía mos anteriormente, y recogida formalmente en 1.830 por la Ley de Enjui- ciamiento mercantil (554).

La codificación procesal del siglo XIX, por tanto, poco tuvo de innova- dora en la materia de recibimiento a prueba en el juicio de apelación : actuó fundamentalmente como crisol del espíritu de las leyes históricas y de su paralelo desarrollo en la práctica procesal a través de seis si glos, que desde el medievo habían configurado a la apelación como un - juicio estrictamente revisor de la legalidad de la instancia de la que= había surgido.

#### 4. EL PROCEDIMIENTO DE LA FASE DE PRUEBA

En general, en el derecho anterior al siglo XIX el procedimiento de la fase probatoria seguía las reglas que el derecho establecía para la primera instancia (555). Había sin embargo algunas normas especiales relativas a la segunda instancia. La petición del recimiento a prueba por la parte se hacía en el escrito de agravios, mediante la inserción de la cláusula "ofrézcome a probar" (556). También con los escritos de instrucción debían las partes presentar los documentos que hubiesen hallado de nuevo (557).

Los plazos de la fase probatoria de la apelación debían ajustarse al plazo general que el derecho imponía para finalizar la segunda instancia (558) y aunque referidos por lo común a las reglas generales del juicio ordinario (559), tendían a restringirse en la apelación. En las Cortes de Briviesca de 1.387 se decía que el juez debía en la segunda instancia "dar término... de quatro en quatro días, por aquella orden que fueron dados de ocho en ocho días en la primera ynstancia" (560). En el Ordenamiento de Madrid de 1.502 se señalaba que en el supuesto de presentar las partes nuevas excepciones, el plazo de prueba debía establecerlo arbitrariamente el juez "contando que no exceda ni passe del término que fue dado en la primera instancia", mientras que si la parte pedía probar por vía de la restitución in integrum, debía otorgarse "tan solamente la meytad del término que le fue asignado en la primera instancia" (561).



Respecto del auto o providencia admitiendo o denegando el recibimiento a prueba, aunque la doctrina lo había calificado, al menos para el juicio ordinario como una interlocutoria de gravamen irreparable en la definitiva y por tanto apelable (562), aquel dado en la segunda instancia fue declarado inapelable e insuplicable, por el Ordenamiento de 1.502 (563).

La Ley de Enjuiciamiento de 1.855 contenía pocas normas sobre el procedimiento probatorio en grado de apelación, por lo que los autores suponían que en todo lo no regulado debía estarse a lo prescrito en materia de prueba para la primera instancia del juicio ordinario (564). Establecía que para concederse el término de prueba debía previamente oírse a la parte contraria, quien podía oponerse a la admisión de la prueba propuesta, extremo sobre el cual el ministro ponente informaba a la Sala, que lo tomaría en cuenta a la hora de dictar la providencia (565). Contra la providencia que admitía la prueba, la Ley prohibía todo recurso, pero permitía el de Casación para la providencia denegatoria (566).

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento de 1.881, preveía dos posibilidades: en caso de que las partes estuviesen conformes en la necesidad de la prueba, el tribunal concedía su recibimiento sin más trámites (566 b) pero de no existir tal conformidad debían pasarse los autos al Magistrado Ponente por seis días, después de los cuales la Sala, con vista de su informe resolvería lo que estimase justo (567). El auto que otorgase

el recibimiento a prueba no admitía ningún género de recurso, pero el -  
denegatorio, no sólo como en la Ley anterior podía ser objeto de casa -  
ción, sino que también podía suplicarse ante la misma Sala (568). Por -  
lo demás, los términos y trámites de la prueba, debían regirse por lo -  
establecido en la primera instancia del juicio ordinario de mayor cuan-  
tía (569).

## 5. VISTA Y ALEGACIONES EN DERECHO

Anteriormente a las Leyes de Enjuiciamiento los textos legales, como en general para todo el procedimiento de segunda instancia, se remitían - también para esta fase, a lo regulado para la primera instancia del juicio ordinario. Conviene sin embargo hacer unas precisiones sobre la aparición de las alegaciones en derecho como trámite escrito, alternativo para las partes de la vista oral.

Desde las Cortes de Briviesca de 1.387, tanto para el juicio ordinario como para las segundas y terceras instancias, era posible que las partes informasen "al Juez de su derecho alegando Leyes y Decretos, y Decretales, Partidas y Fueros" bien "por palabra o por escrito", y aunque los escritos de alegaciones estaban limitados al número de uno por parte, sin embargo "en todo tiempo que quisieren informen al juez por palabra alegando todos aquellos derechos que entendieren que les cumple" - (570).

La legislación del siglo XVII se concentró principalmente en regular - restrictivamente la extensión de las "informaciones en derecho", que tendían a hacerse innecesariamente voluminosas por los letrados, con el fin de cobrar mayores honorarios a las partes, causando con ello confusión y dilación en la resolución de los pleitos (571).

Finalmente en 1.725, un auto acordado del Consejo (572), intentaría poner fin a la larga práctica desobediente de las restricciones legales impuestas a las "alegaciones en derecho". Imponía este auto la obligación de pedir licencia a la Sala "para escribir en derecho", disponiendo asimismo que las alegaciones escritas debían imprimirse a costa del abogado y del procurador de las partes, para evitar de esta manera la producción de alegaciones en derecho repletas de "difusas alegaciones y con impertinentes e insustanciales razones que sólo sirven de que, haciéndose mayor el vulto de su tamaño, se haga más crecido el precio de la paga".

Las Leyes de Enjuiciamiento dejaban a las partes la elección del medio de informar al tribunal de los hechos y derechos que fundamentaban sus pretensiones bien oralmente mediante la vista, o bien por medio del trámite escrito de las "alegaciones en derecho" (573). Para que fuese posible utilizar el trámite escrito de las alegaciones en derecho, únicamente era necesario la conformidad de todos los litigantes o de la mayoría de ellos, sin que se exigiera, como antes, autorización del tribunal para ello, ni tampoco requisitos especiales relativos a la cualidad o importancia del pleito (574).

No existiendo conformidad entre las partes al respecto, debía decidir el tribunal, después de oír a los litigantes, pudiendo sólo decidir favorablemente al trámite escrito, si concurrían dos circunstancias: que

el pleito fuese ordinario según la Ley de 1.855, y declarativo de mayor cuantía según la Ley de 1.881, y que por su mayor importancia y gravedad fuese más conveniente informar por escrito que oralmente (575).

En cuanto a la determinación de los términos para escribir la alegación en derecho, esta variaba según la forma en que se hubiese decidido la adopción del trámite escrito. Si había resultado de la conformidad de las partes, el término se establecía convencionalmente entre ellas. De haberlo decidido la Audiencia, ella misma lo señalaría (576), ajustándose a los términos mínimo y máximo señalados por la Ley de treinta y sesenta días (577), por medio de una providencia contra la cual no cabía recurso alguno, al igual que aquella que estimaba procedente la alegación en derecho (578).

El término para la impresión de las alegaciones en derecho debía siempre señalarlo la Audiencia, teniendo en cuenta la extensión del escrito; término que admitía ampliación cuando circunstancias independientes de la voluntad de las partes lo exigiesen (579). Junto con las alegaciones en derecho debía también imprimirse el apuntamiento del pleito (580) con el objeto de que los Magistrados de la Sala a quienes debería repartirse ejemplares del impreso (581), pudiesen en todo momento tener acceso a la narración oficial de los hechos tal como fueron probados en los autos para comprobar la relevancia de las razones que las partes alegasen apoyando su causa (582).

Encuanto a la vista oral en grado de apelación, unicamente la Ley de 1.855 la contemplaba específicamente, mientras que la Ley de 1.881 se limitaba a hacer una remisión a lo regulado en general para los pleitos ordinarios de mayor cuantía (583). La Ley de 1.855 ordenaba que las vistas en segunda instancia debían verificarse por riguroso orden de antigüedad (584), y que el señalamiento para las mismas debía hacerse de oficio por la Sala, sin necesidad de la solicitud de las partes (585). La vista oral debía comenzar por la exposición oral del letrado defensor del apelante, después del cual hablaba el del apelado, pudiendo ambas partes "rectificar equivocaciones o restablecer los hechos que han podido ser representados con inexactitud" (586).

Entre los comentadores de este primer código procesal, el que más en contra de este trámite oral se manifestó fue Hernández de la Rúa. Para este autor la "alegación oral", "suele más bien perjudicar que reportar beneficios a la administración de justicia", y comenta con satisfacción que las condiciones que la Ley exige para que la Audiencia se pronuncie a favor de la alegación escrita, suponen que la vista queda limitada solamente a "los asuntos triviales y frívolos (587). Critica también este autor la posibilidad que otorga la Ley en este trámite de vista, de que las partes hagan rectificaciones en sus alegaciones, práctica que llama despectivamente "parodia de las asambleas legislativas", y que en su opinión únicamente sirve para "satisfacer el amor propio de los letrados defensores... para fomentar animosidades, como acontece"

en las asambleas, con escándalo de los demás concurrentes" (588). A pesar, sin embargo, de esta opinión negativa, la posibilidad de "rectificar hechos o conceptos" por las partes en la vista, se recogió también por la segunda Ley de Enjuiciamiento (589).

## 6. PLAZOS PARA DICTAR LA SENTENCIA DE APELACION

El plazo para dictar la sentencia que daba fin a la instancia de apelación, fue siempre en general, el mismo otorgado para emitir la sentencia en el juicio ordinario de primera instancia.

En las Cortes de Zamora de 1.274, el plazo que se estableció para sentenciar, tanto en primera instancia como en grado de apelación, fue el breve plazo de tres días, "del día que las razones fueren encerradas adelante, que dé el juicio fasta tercero día a mas tardar" (589 b). Casi un siglo más tarde el Ordenamiento de Alcalá, amplió este plazo, estableciendo el de seis días para dictar sentencia interlocutoria y veinte para sentencia definitiva, plazos aplicables por extensión a sentencias de apelación que versasen sobre impugnación de interlocutorias y de definitivas respectivamente (590). Esta ley ratificada posteriormente por disposición de unas Cortes de Toledo de 1.462 (591), pasó a la Nueva y Novísima Recopilación (592), extendiendo su vigencia hasta la primera mitad de siglo XIX.

Como excepción a la regla general, al regular los juicios de apelación que conocían los Regimientos (593), se estableció un plazo perentorio de diez días dentro del cual los regidores debían sentenciar en la causa, y transcurrido el cual sin emitir el fallo, la primera sentencia adquiría la condición de firme y pasada en cosa juzgada. En este supuesto, el ape



lante, principal perjudicado aunque ajeno a la causa que había provocado la caducidad de la instancia, sólo podía recurrir contra los regidores - para exigirles la satisfacción de "la cantidad de lo que montare en la - causa principal", junto con los intereses y las costas. La razón de esta excepcional perentoriedad del plazo para sentenciar, era según explica - extensamente Castillo de Bovadilla, que los regidores no entraban en la - categoría de jueces ordinarios, sino en la de jueces delegados, por lo - que su jurisdicción era limitada e improrrogable, y sus actuaciones fue- ra del término temporal al que estaba circunscrita su jurisdicción eran= simplemente nulas (594).

La Ley de Enjuiciamiento de 1.855 señalaba un plazo de ocho días, am - pliable a quince si los autos del proceso excedían los mil folios, para dictar sentencia en primera y segunda instancia (595). Este plazo era - computable desde el día siguiente al que se celebró la vista, o si hubo= alegaciones en derecho, desde el día siguiente al que se entregaron los= impresos a los Ministros de la Sala (596). En la segunda Ley de Enjuicia= miento, el plazo de ocho días se amplió a doce, ampliable a su vez a - quince por las mismas circunstancias y computables por las mismas reglas que la Ley anterior (597).

## 7. LA SENTENCIA DE APELACION: CONTENIDO, NATURALEZA Y EFECTOS

La sentencia de apelación está sujeta a todos aquellos requisitos que de terminan la validez de cualquier sentencia, y le permiten producir sus l efectos normales, sobre los cuales tuvimos ya ocasión de exponer unas - consideraciones generales en el segundo capítulo al tratar de la sentencia nula. Interesa en este lugar limitarse a destacar las cuestiones que constituyen una especialidad de la sentencia de apelación, principalmente aquellas que contribuyen a profundizar sobre las peculiaridades de su naturaleza.

Según las fuentes castellanas medievales, que extendieron su vigencia en ese punto hasta el siglo XIX, -principalmente por medio de la Ley del - Fuero Real recogida en las Recopilaciones- (598) el contenido de la sentencia de apelación debía consistir en una confirmación o en una revocación de la sentencia anterior, que el juez superior resolvía una vez valoradas "las razones porque el juicio fue dado, e las razones porque la alzada fue fecha" (599).

En el caso de la sentencia de apelación resultase confirmatoria de la anterior, el juez superior debía "enviar las partes antel primero juez que las juzgó que cumpla su juicio", condenando previamente al apelante en las costas (600). La fórmula que para este supuesto ofrecen las Partidas

gira alrededor de la declaración de confirmación de la primera sentencia y de la valoración negativa de la impugnación del apelante:

"Sepan quantos esta carta vieren como sobre contienda que era entre el -  
abat de Oña de la una parte et Gonzalo Ruiz de la otra en razón en una -  
sentencia que dió don Martín alcalde de Burgos por el abat contra Gonza-  
lo Ruiz, de que Gonzalo Ruiz se tovo por agraviado et alzóse al rey, -  
amas las partes vinieron a juicio ante nos Ferrant Yañez el gallego et -  
Domingo Yañez oidores et jueces de las alzadas de Casa del rey; onde nos  
visto el juicio que don Martín dio en esta manera: Conoscida cosa sea co  
mo nos don Martín etc. (Et debe ser escripto todo el juicio de que se al  
zó, et despues deso debe decir:) Otrosí vista el alzada et las actas del  
pleyto, de como pasó ante don Martín el alcalde, et oidas todas las razo  
nes que la una parte et la otra quisieron mostrar et razonar ante nos, -  
et habido consejo con homes buenos et sabidores de derecho, judgando de-  
cimos que don Martín judgó bien et Gonzalo Ruiz se alzó mal, et confirma  
mos la sentencia sobredicha de don Martín" (601).

En el caso de sentencia de apelación revocatoria de la anterior, su con-  
tenido tendía por lo general a ser más amplio, por cuanto que el supe-  
rior no enviaba la causa al inferior, sino que la avocaba para sí, re-  
teniéndola y juzgándola él mismo, "et si entendiere que se alzó con dere-  
cho, mejore el juicio..., et nol envie a aquel alcalde que judgó mal" -  
(602). En este sentido Gregorio López criticó la fórmula parcial que las

Partidas contenían para la sentencia de apelación revocatoria de la anterior: "et otrosí porque fallamos que sobre tal cosa se agravió Gonzalo Ruiz en su derecho, por ende juzgando decimos que quanto en aquella cosa juzgó mal el alcalle y Gonzalo Ruiz se alzó bien" (603). El autor decía que esta fórmula era únicamente válida para el caso de que la primera sentencia hubiese sido condenatoria, y la de apelación absolutoria; pero para el caso contrario -es decir, la primera absolutoria y la segunda condenatoria-, era insuficiente, pues el superior no podía limitarse a declarar la revocación, sino que estaba obligado a condenar al reo expresamente (604).

Hubía también una sentencia de apelación de contenido mixto, en la cual el superior rescindiase únicamente los capítulos o puntos de la sentencia del inferior que considerase injustos, confirmándola en los demás (605).

Con respecto al diverso contenido que podía presentar la sentencia de apelación, un autor del XVIII como Azevedo, distinguía cuatro clases, "quator naturas": la "supplendi", o aquella por la cual el superior resolvía algún punto de la controversia sobre la que el inferior nada había resuelto; la "confirmandi", o la que confirmaba sin más la primera sentencia; la "discernendi", que confirmaba algunos puntos y rescindía otros; y la "anullandi", la que revocaba de cabo la primera decisión (606). Esta clasificación resultaba singularmente minuciosa, por cuanto

que la mayoría de sus contemporáneos contemplaban únicamente el binomio de sentencia confirmatoria y sentencia revocatoria (607).

Para los glosadores no fue tanto el contenido de la sentencia de apelación como la reconducción de su eficacia jurídico-material la primera o segunda sentencia, el punto esencial de referencia para determinar su naturaleza. Pues si la sentencia de apelación era simplemente el acto de terminación de la fase revisora de la primera instancia, la eficacia ejecutiva de su resolución se reconduciría a la primera sentencia, mientras que si se trataba de la resolución de un "novum iudicium", su eficacia ejecutiva enmarcaría naturalmente de sí misma, "quia appellationis - remedium extingit pronunciatum". La Escuela se dividió a este respecto, tal y como lo había hecho en el tema del "ius novorum", en dos corrientes de opinión contrarias. Para aquellos que opinaban que la apelación era una operación de mero control de la anterior sentencia -entre cuyas filas se contaban Oderico, Alberico y Odofredo-, la eficacia ejecutiva de la fase de impugnación se reconducía a la primera sentencia. Para aquellos que consideraban a la sentencia de apelación como un nuevo "iudicium" independiente de la instancia anterior, la eficacia ejecutiva debía reconducirse a la segunda sentencia (608).

Naturalmente en el derecho castellano se ostentaba la primera opinión, por lo cual desde el Fuero Real, se disponía que la sentencia de apela-

ción confirmatoria de la anterior debía ejecutarla "el alcalde que diere el juicio", refiriéndose al juez que dió la sentencia en primer lugar (609). Esta norma, que también recogían las Partidas (610), y que fue posteriormente confirmada por diversas disposiciones de Cortes (61), pasó a través de la Ley del Fuero Real a las Recopilaciones (62).

Esa reconducción de la eficacia ejecutiva a la primera sentencia (63), no suponía sin embargo, que sus efectos -por ejemplo, los frutos e intereses-, se retrotrayesen a la fecha de la anterior resolución judicial, como específicamente aclaraba una Ley del Estilo, al establecer que la sentencia de apelación confirmatoria, dada por el rey, se enviase "al alcalde primero que diera el juicio", quien para ejecutarla con todas sus consecuencias debía computar el plazo establecido desde "el día que fue mostrada la carta del rey al alcalde que cumpliese el juicio" (614).

La literatura jurídica castellana encontró dificultades a la hora de interpretar la legislación regia, por cuanto que las opiniones de los comentaristas, -su fuente principal de referencia doctrinal-, partían en este tema de los conceptos contrarios a los del derecho castellano. Para la Escuela del Comentario, que había retomado la última opinión expuesta de la glosa, la "actio in factum" surgía de la última sentencia que fue dada en la causa, por cuanto que la primera había sido "extin -

guida" por el recurso de apelación y la competencia para ejecutarla correspondía al juez ad quem, tanto si era confirmatoria como si era revocatoria de la anterior (615). En el caso de la ejecución de una sentencia de apelación sobre una interlocutoria impugnada, o en el supuesto de una apelación desierta no había dudas sobre la competencia del ad quo para llevarla a efecto. En el primer caso porque, finalizado el recurso, la jurisdicción sobre la causa revertía de nuevo al juez inferior, para seguir conociendo de la causa principal (616). En el segundo, porque la deserción provoca la firmeza de la primera sentencia, cuya ejecución competía naturalmente al juez que la había dictado (617). El supuesto de la sentencia de apelación de definitiva se regía, sin embargo, invariablemente por el principio de que la "actio in factum" nacía de la sentencia confirmante y no de la confirmada, y por tanto su ejecución competía al juez ad quem (618).

La doctrina castellana era desde luego consciente de la postura contradictoria de la legislación regia respecto de estos planteamientos (619) y en vez de intentar justificar la diversa actitud del derecho castellano con argumentos propios, trató de contemporizar con las opiniones del Comentario. Montalvo, por ejemplo, forzando un poco la interpretación de las palabras del Puerto Real -"el alcalde que diere el juicio"-, quiso ver en ellas una fórmula ambigua, perfectamente reconducible al juez superior (620). Este mismo autor y posteriormente con él, Maldonado y Azevedo, intentaron justificar el tema acudiendo a un argumento de Bar-

tolo, probablemente algo marginal respecto de la corriente mayoritaria de su Escuela. La sentencia de apelación que confirmaba la anterior en virtud de los mismos autos por los que se había dirimido el pleito en primera instancia, debía remitirse al inferior para su ejecución, puesto que a él hubiera correspondido de todas formas, si no se hubiese apelado, y ahora que se había "casado" la impugnación por confirmarse totalmente la primera sentencia, la suspendida facultad del a quo para ejecutarla se restablecía (621).

Otro sector de la literatura tendió a aceptar sin más lo establecido por el derecho castellano, defendiéndolo frente a las interpretaciones excesivamente influidas por los comentaristas, como era el caso de autores tan diferentes y tan distantes en el tiempo como Castillo de Bovadilla (622) y Perez y López (623).

La ley de Enjuiciamiento de 1.855 ordenaba también la remisión al Juez a quo de los autos del pleito con certificación de la sentencia de apelación, para el cumplimiento de la ejecutoria (624). Esta Ley derogaba la práctica anterior de expedir las sentencias de apelación mediante Reales Provisiones denominadas "cartas ejecutorias", supresión que la comisión codificadora consideró conveniente por los cuantiosos gastos que suponían a las partes, pues en ellas se tendía a insertar la mayor parte de los autos (625). Esta medida fue desaprobada por un autor como Ortiz de Zúñiga, para quien las ventajas de simplicidad y evitación de



gastos de las nuevas certificaciones, no compensaban la pérdida de las garantías de solemnidad y seguridad que ofrecían las antiguas Reales Provisiones (626).

La segunda Ley de Enjuiciamiento recogía la primera previsión de que, una vez transcurrido el plazo para interponer recurso de Casación contra la sentencia de apelación, sin haberlo utilizado alguna de las partes, ésta se comunicaría al juez inferior "por medio de certificación y carta orden" para que fuese llevada a efecto (627).

Uno de los efectos de la sentencia de apelación en los que conviene detenerse, por la importancia con que se trató en el derecho histórico desde las fuentes medievales, es el llamado "efecto extensivo". En virtud de este efecto, la decisión final favorable del juicio de apelación no sólo afectaba al apelante que había impugnado la primera sentencia, sino que, por extensión, también a todos aquellos que hubiesen sido condenados solidariamente en la misma sentencia, aunque no hubiesen apelado de ella, o habiéndolo hecho no siguieron el recurso (628).

Este efecto extensivo de la sentencia de apelación que ya figuraba en el derecho romano clásico (629), fue retomado por la glosa civilista (630) y recogido por el Derecho Canónico (631). Conforme a las doctrinas civilista y canonista, este efecto extensivo operaba siempre que

concurriesen las siguientes circunstancias: que los colitigantes o consocios hubiesen sido todos condenados por la misma sentencia, actuando en la misma causa, alegando un derecho común y utilizando medios idénticos de defensa para defender su derecho (632).

La causa común debía versar invariablemente sobre un derecho común o "res individua", como "sobre alguna cosa que fuese mueble o raiz que perteneciese a muchos comunalmente" o sobre un derecho colectivo de "servidumbre que hobiese una casa en otra o un campo en otro", como decían Las Partidas, que excluían seguidamente el efecto extensivo "si aquella servidumbre era usufructo de alguna cosa que muchos debien haber en toda su vida o a tiempo cierto" (633). La razón de esta exclusión específica del efecto extensivo en los supuestos en que se alegase un derecho colectivo de usufructo, estaba en que los glosadores lo habían configurado como "res incorporalis dividua" y por tanto fuera del ámbito de las "rei individuae" (634). Su mención expresa en esta Ley se debe por otra parte a la conveniencia que posiblemente viese el legislador de las Partidas en separar en este punto el usufructo del ámbito de la servidumbre, por cuanto que en esta época aquel venía concebido como una servidumbre personal y no como un derecho real autónomo (635).

El principio de la identidad de la "causa defensionis", excluía por un lado, el efecto extensivo de la sentencia de segunda instancia obtenida no por vía de apelación sino por medio de la "restitutio in integrum" -

utilizada por alguno de los consocios que por privilegio podía acceder a ella (636). Por otro lado, tampoco podía operar si los colitigantes habían utilizado diferentes medios de prueba en la defensa de su causa (637).

La extensión de los beneficios obtenidos en virtud de la apelación de uno de los consocios, también estaba limitada en el supuesto de que alguno de los colitigantes hubiese aceptado o aprobado expresamente la sentencia condenatoria de primera instancia, afirmaríala doctrina (638), aunque a las Partidas les bastaba para el caso específico del cotutor, una aprobación tácita de la sentencia para anular el efecto extensivo, presumible cuando éste no se había preocupado en "demandar et procurar los bienes del huérfano", intentando rescindir por vía de apelación la sentencia que le resultaba gravosa (639).

La literatura castellana de los siglos XVIII recogió también en sus obras el efecto extensivo de la eficacia jurídico material de la sentencia de apelación, interesándose principalmente por las conexiones de este efecto con el tema de la adhesión, ésta vez no a la apelación del contrario, sino a la del consorte (640), y con el tema de la "extensión" del efecto suspensivo del recurso en caso de la apelación de uno de los colitigantes (641).

El problema concreto del "efecto extensivo" de la sentencia de apelación

quedó con la codificación, absorbido en la teoría general de la eficacia jurídica de la sentencia, y en particular dentro del ámbito de la eficacia de la cosa juzgada en los supuestos de litisconsorcio necesario.

Respecto de los efectos económicos del proceso de apelación, vamos a detenernos únicamente en los criterios seguidos en el proceso histórico para la imputación de costas a los litigantes en segunda instancia.

Según ha demostrado Lalinde Abadía en un reciente trabajo sobre los gastos del proceso (642), el criterio de imputación de costas en nuestro proceso histórico, ha sido siempre el subjetivo, es decir aquel por el cual la condena en costas se hace, no de forma objetiva condenando automáticamente al litigante que pierde el pleito, sino tomando en consideración las circunstancias subjetivas de los litigantes y sus actuaciones a lo largo del proceso. Según este criterio, únicamente se condena en costas al litigante que acreditó temeridad o falta de justa causa de litigar.

Para Lalinde la adopción del criterio subjetivo por el derecho castellano en particular se debió a una doble influencia: por un lado la del derecho visigodo, que respondía en este punto a los principios subjetivistas del Código Theodosiano recogidos en el Breviario de Alarico; por otro lado la decisiva influencia del derecho común (643). Fueron las Es-

cuelas italianas, tanto la glosa como el Comentario, las que retomaron - de las fuentes romanas y reelaboraron el principio del criterio subjetivo de imputación de costas, dice Lalinde siguiendo a Chiovenda (644). Para los glosadores, desde el mismo Irnerio, la condena en costas era solo imputable al litigante "sine iusta causa litigandi", por lo cual la "iusta causa litigandi" o la "iusta ignorantia" que le resulta equiparable, = exoneraba siempre al litigante vencido del pago de las costas procesales. Para autores del Comentario como Guido de Suzara y Durante, la "iusta causa litigandi" era presumible si el litigante actuaba "ex causa probabilis", mientras que para Baldo, en la parte que pierde el juicio se presume siempre malicia y temeridad, y es por tanto en principio condenable en costas. En el derecho canónico, sin embargo regía el principio objetivo de la imputabilidad de costas: el litigante vencido pagaba al vencedor (645).

Lógicamente, estas dos corrientes del derecho visigodo y del derecho común, determinarían el triunfo del criterio subjetivo en el derecho castellano, tanto en la legislación oficial como en la confirmación que de él hacía la literatura jurídica de todas las épocas. Por otra parte la codificación española del derecho procesal no supo apartarse del criterio tradicional histórico, y aunque las Leyes de Enjuiciamiento no se pronunciaban específicamente sobre el tema, la jurisprudencia del tribunal supremo se ocupó de llenar la laguna, interpretando que el criterio subjetivo de imputación de costas era el aplicable en nuestro ordenamiento - (646).

En cuanto al tema específico de costas en la segunda instancia, Lalinde ha creído detectar en algunos textos castellanos, un intento de conversión del criterio subjetivo imperante en primera instancia, a un criterio objetivo para la segunda (647). A ello tiende claramente una Ley del Estilo que declaraba sin más que el apelante vencido debía pagar siempre las costas a la otra parte, aún en el caso de que la sentencia de apelación hubiese sido confirmatoria solo respecto de algunos capítulos de la anterior, y revocatoria en los demás (648). También para Lalinde apunta esta tendencia una disposición de Carlos I y doña Juana dada en las Cortes de Segovia de 1.532 y de Madrid de 1.534, recogida en las Recopilaciones (649), que ordenaba imponer condena en costas siempre que en apelación se confirmase la sentencia anterior. Añadiríamos a estas dos leyes, otra del Espéculo, según la cual en la apelación de sentencia definitiva "qualquier de las partes que sea vencida deve pechar las costas a la otra" (650).

Pero a pesar de todo, como admite este autor, fue el criterio subjetivo el que se mantuvo también en el grado de apelación, principalmente a través de una Ley del Fuero Real que pasó a las Recopilaciones (651).

En efecto, desde el Fuero Real, en una Ley cuyo tenor recogieron las Partidas y los demás textos medievales (652) se estableció el principio de que resolviéndose en grado de apelación a favor de la confirmación de la sentencia anterior, el juez ad quem, debía condenar al apelante en las

costas, mientras que en el caso contrario de revocación "non deve pechar costas ninguna de las partes" (653).

La literatura jurídica de los siglos XV y XVI comentando estos textos medievales en el tema de costas en apelación matizó el criterio subjetivo de imputación que éstos recogían, siguiendo las opiniones de la glosa y el comentario. El principio de que "in causa appellationis victus victori condemnatur in expensis", sólo podía operar en aquellos casos en que el apelante no demostraba tener una "justam causam prosequendi appellationem" (654). En el caso de impugnación de una sentencia, esta "iusta causa" o "causa probabilis", que eliminaba la presunción de temeridad del apelante, y consecuentemente la condena en costas, quedaba demostrada si el apelante producía ante el ad quem nuevas pruebas o alegaba nuevos hechos en apoyo de su derecho, como explicarían Bonifacio (655) y Gregorio López (656). La sentencia de apelación confirmatoria de la anterior pero en base a nuevos autos, exoneraba al apelante sucumbente de la condena en costas.

Esta opinión se incluyó en las disposiciones de Cortes del siglo XVI que pasaron a las Recopilaciones -entre ellas las antes citadas de las Cortes de Segovia de 1.532 y Madrid de 1.534- (657). En la Ley recopilada se ordenaba la condena en costas al apelante vencido, "salvo si las sentencias se dieran con aditamento y moderación". Es decir, únicamente las sentencias que contenían una simple confirmación de la anterior, podían dar lugar a la condena en costas.

En apoyo del arraigo profundo en nuestro sistema del criterio subjetivo= de imputación de costas, puede añadirse que en algunos casos podía ser - incluso el juez a quo quien resultase condenado en costas.

En las Cortes de Zamora de 1.274 ya se imponía a los jueces, de primera= o de segunda instancia, que no viniesen a "librar los pleitos... que pe- chea las costas a las partes que fincaren de librar por ellos, non mos - trando escusa derecha porque non pudieron venir" (658). Castillo de Bova dilla asegura a su vez que al juez residenciado se le podrán exigir las= costas y daños que resultaron del juicio de apelación en el cual se revo có su sentencia por los mismos autos, aunque "si se revocó por nuevas - probanzas, hechas en segunda instancia, no podrá decirse que el juez in- ferior juzgó mal, ni ser condenado por ello..." (659). Finalmente, un - autor del XVIII como Elizondo, afirma que en el estilo de la Chancille - ría se acostumbra a condenar en costas al juez de primera instancia - "quando de los mismos autos resulte la injusticia de la determinación" - / (660).

En general sin embargo, el criterio subjetivo de imputación de costas se dirigía fundamentalmente al apelante, con la intención de frenar su teme- ridad y evitar la interposición masiva de impugnaciones carentes de fun- damento (661).

Las Leyes de Enjuiciamiento nada decían sobre el criterio de imputación=



de costas en grado de apelación; la condena en costas no era imperativa= sino que se dejaba al arbitrio judicial (662). Según Gómez de la Serna,= la comisión de codificación autora de la primera Ley, rechazó el crite- rio objetivo que se había plasmado en la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1.830, y retomó el espíritu del derecho antiguo (663). Esto último - fue confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los años si- guientes a la promulgación de la Ley, que siguiendo la práctica anterior consideró que las costas eran imponibles en principio al apelante venci- do, siempre que la segunda sentencia no contuviese alguna variación o re- forma en favor del apelante, pues en este caso se presume que tuvo justa causa para acudir al superior (664); pero nunca eran imponibles al apela- do, puesto que insustituida la condena en costas como forma de indemniza- ción a la parte contraria y para reprimir la temeridad de los litigantes la parte vencedora en primera instancia, que contra su voluntad fue lle- vada a la segunda, no puede sufrir los gastos que no originó (665). El - mismo criterio subsistiría en la segunda Ley de Enjuiciamiento (666).

Para finalizar el tema de las costas procesales, parece interesante alu- dir a la opinión de un autor tan brillante como Montesquieu, para quien= el origen de la necesidad de imponer costas, está directamente ligado - con la extraordinaria difusión de la utilización del recurso de apela- ción recibido del derecho común: "Cuando la facilidad de apelar trajo - consigo el aumento del número de apelaciones, cuando las partes se vie- ron trasladadas fuera del lugar de su residencia por el uso frecuente de

dichas apelaciones de un tribunal a otro, cuando el arte nuevo de proceder multiplicó y eternizó los procesos, cuando la ciencia de eludir las demandas más justas se hizo más refinada, cuando un litigante aprendió a huir con el único propósito de hacerse seguir, cuando la demanda se hizo ruinosa y la defensa tranquila, cuando las razones se perdieron en volúmenes de palabras y de escritos, cuando todo se llenó de alguaciles que no debían administrar justicia, y cuando la mala fe halló consejos donde no encontró apoyos, entonces fue necesario contener a los litigantes con el temor de las costas" (667).

284

## CONCLUSIONES

1. Los principios y conceptos fundamentales relativos al recurso de apelación - que ha llegado a nuestro actual sistema de enjuiciamiento se hallan ya recogidos en las fuentes legislativas del bajo medievo castellano, que configuraron un sistema procesal a partir de la recepción del Derecho Común, tal y como fue elaborado por la Escuela de la Glosa sobre la base de los textos justinianeos. El primer impacto de esta corriente jurídica se recibió en Castilla en el siglo XIII, y sus principios se recogieron con bastante fidelidad en los textos jurídicos alfonsinos, entre los cuales, el Código de Las Siete Partidas, estaría destinado a una larga vigencia, que sólo se vería interrumpida en el siglo XIX por las Leyes de Enjuiciamiento.
  
2. El Derecho Canónico influiría decisivamente en algunos aspectos del desarrollo del recurso de apelación del Derecho Civil. Particularmente en el ámbito de su objeto: si en un principio éste consistía únicamente en la sentencia definitiva que ponía fin a la causa, se fue admitiendo paulatinamente la impugnabilidad de otras decisiones judiciales que no tenían el carácter estricto de finalizadoras del proceso. Conforme fue ampliándose el objeto del recurso, se tendió a restringir el alcance de su efecto suspensivo, procediendo para ello a admitir la separabilidad de los efectos de la apelación. Ambas soluciones habían surgido en principio dentro del ámbito del Derecho Canónico, pero se asimilaron eventualmente por el Derecho Civil.
  
3. El procedimiento del recurso fue probablemente lo que más evolucionó en estos seis siglos. Las fuentes bajomedievales castellanas no regulaban con precisión el iter procesal a seguir en la instancia del juicio de apelación.

Fueron la práctica procesal y en menor medida la legislación posterior -ambas influidas por la literatura jurídica-, las que moldearon lentamente la secuencia de trámites procesales que debían seguirse en la consecución del recurso, tanto en la fase ante el juez inferior como en la fase ante el juez de apelación. Sólo con las Leyes de Enjuiciamiento se recogería finalmente una regulación unitaria, racional y sistemática del procedimiento.

4. Hay un punto en el cual nuestro derecho procesal castellano se apartó desde el principio de la corriente prioritaria de la Escuela de la Glosa, y es precisamente el punto de inflexión sobre el que gira todo el concepto relativo a la naturaleza del recurso de apelación: la excepcionalidad de la prueba en segunda instancia. El carácter excepcional de la prueba es el reflejo principal de una concepción del recurso de apelación como juicio meramente revisor de la primera instancia, característico de nuestro derecho, y en general ajeno al resto de los derechos procesales históricos europeos. Ya en las fuentes medievales castellanas se observa un sólido y uniforme desarrollo de esta concepción de la apelación: la excepcionalidad de la prueba no es una característica aislada que pueda atribuirse a un error o a una omisión negligente del legislador, sino que toda la teoría sobre la naturaleza de este recurso, y todos aquellos puntos del procedimiento que pueden tener conexión con esta idea, aparecen coherentemente desarrollados a partir de ella. La apelación jamás fue configurada como un proceso nuevo e independiente del juicio anterior: por el contrario, desde el siglo XIII se entendió como una prolongación de la causa que había sido ventilada en primera instancia, y que pretendía exclusivamente paliar las deficiencias y corregir los errores

que podían haber tenido lugar en el enjuiciamiento del negocio. La razón más sólida que en todo momento sustentó esta concepción restrictiva del alcance del recurso era la de economía procesal, que corría paralela con el deseo de estructurar un sistema de administración de justicia que, a la vez de ofrecer garantías de defensa suficientes al administrado, procurara una resolución rápida y ágil de los litigios. Esta línea directriz no solamente se advierte en el rechazo persistente de la introducción del "novum iudicium": también se detecta, por ejemplo, en la brevedad de los plazos establecidos para apelar y para finalizar la instancia de la apelación.

El recurso de apelación aparece como un mecanismo esencial de control y de seguridad que actúa interrelacionando todos los puntos de un sistema jerárquico piramidal de administración de justicia, por lo que resulta una institución importante en cualquier estructura socio-jurídica que tienda a la centralización. Por ello, el movimiento tendencial hacia un Estado fuerte y centralizado que ya se detecta en Castilla a partir del siglo XIII, hizo que el poder real se interesase tempranamente por la adopción de un sistema de impugnación tan tecnificado como el que ofrecía el Derecho Común, el cual en virtud de su carácter gradual, jerárquico y legal, aseguraba al poder regio= un medio de supervisión de la actividad judicial de los órganos inferiores y medios de la administración de justicia, así como la posibilidad de implantar la aplicación general del derecho de producción oficial.



## NOTAS :

- (1) Las fuentes siempre que definen la sentencia, subrayan su caracter de elemento finalizador del proceso "... ca por el se acaban las contiendas - que los omnes han entresy delante los judgadores, et alcança cada uno segunt su derecho" El Dotrinal 5, 1, 2. Las Partidas y el Espéculo hablan de "juicio afinado", Partidas 3, 22, 18; Espéculo 5, 13, 1.
- (2) El concepto romano de la "res iudicata", en el ordo iudiciorum privatorum, suponía que la sentencia que sancionaba un cuasicontrato ya existente entre las partes, una vez devenida firme era absolutamente inatacable. El derecho canónico desvió este concepto debilitando los efectos de la litis contestatio y atribuyendo la eficacia de la res iudicate a elementos objetivos como eran el transcurso de plazos fatales y el agotamiento de los grados de jurisdicción. Vid. Salvioli, Giuseppe "Storia della Procedura" Vol. 3 de la "Storia del diritto italiano" de Giudice del Besta, parte seconda; Millan, 1.927, p. 545 y sig. En estos términos aparece definida la "res iudicate" por las Expositiones Nominum Legalium", Segovia (1472), reimpresas por A García Gallo y G. Villapalos en "Estudios y Ensayos", Madrid 1.974, p. 99 : "... item dicitur (( res iudicata veritati facit preiudicium )), non ut rei iudicate veritas preiudicet, id est preponatur, sed res preiudicet veritati".
- (3) "Caminar nin emendar non puede el judgador el juyzio despues que lo oviere dado, nin deve aquel mismo pleito de cabo..." Espéculo 5, 13, 8. y "Desfecho non deve ser el juyzio desque fuere dado..." Espéculo 5, 13, 20; y las Partidas: "Afinado juicio... ha maravillosamente tan grant fuerza que dende adelante son tenudos los contendores et sus herederos de estar por él..." Partidas 3, 22, 18.
- (4) En transcurso de los términos fatales hace la cosa juzgada formal: "Res iudicata, cum elapsis decem diebus sententia nullo iuris remedio potest attentari", 'Expositiones ...', p. 101. Y Gregorio Lopez en su glosa a Partidas 3, 22, 19: "Magna est via diffinitivae sententiae... a qua appellatum non est: ideo postquam transivit in rem iudicatam, a partibus est observanda..." y añade "... et statuit sententiae, etiam si ex inspectione actorum evidenter appareat ajus iniquitas...". La firmeza puede tambien producirse, de mano de las partes litigantes, por una aceptación "ante sententiam" de la cosa juzgada, por ejemplo mediante el juramento diferido que adelanta la firmeza de la sentencia, o la renuncia anticipada de las partes a la apelación. Tambien, al lado de la caducidad de la instancia pueden mencionarse, la deserción y el desistimiento.
- (5) Estos recursos están contenidos en casi todas las fuentes bajo-medievales: Partidas 3, 23, proemio; Espéculo 5, 15 proemio; El Dotrinal, 6, 1, 1 y las Flores del Derecho, 3, 2, 1, si bien esta última habla solo de tres maneras de "desfacer toda sentencia que sea dada", excluyendo el recurso de nulidad.
- (6) Palabras del Espéculo 5, 15 proemio.
- (7) Partidas 3, 23, 1. El reenvio de la causa al superior es lo que distingue



los recursos procesales de otros remedios bajomedievales que perseguían la simple reconsideración del fallo por el mismo juez, por ejemplo la simple querrela, en la cual el reenvío de la causa era facultativo y no producía efecto devolutivo ni suspensivo. Vid. Henri Morel, "Le recours au roi - dans les pays du sud-ouest de la mouvance aux XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles," en "Annales de la Faculté de Droit Toulouse", Tome 3, 1.955, p. 59 y sig.

- (8) De todas formas en la mayoría de los casos la suplicación va a juez distinto del "a quo", por lo que este recurso participa regularmente del carácter devolutivo, pues "justitia tota devolvitur..." según Maldonado et Pardo, Jose "Tractatus de secunda supplicatione", Genova 1.762, Tit. 6, a 9, n° 22, p. 355. Y en el caso de las suplicaciones ante el mismo tribunal que habían sentenciado, se disponía que este recurso se viera por magistrados que no habían participado en el primer fallo, sistema que critica duramente Gomez de la Serna justificando la abolición de las súplicas: "... porque introducían una superioridad accidental entre salas que tenían una misma jurisdicción... porque daban lugar a las veces entre salas de una misma Audiencia a rivalidades peligrosas..." "Exposición de Motivos - de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid, 1856, p. 37.
- (9) Según establecen las Partidas 3, 26, 2. Sin embargo también el efecto devolutivo es característico de este recurso, por interponerse habitualmente ante el superior, según Maldonado, (loc. cit.).
- (10) La "restitutio in integrum", privilegio concedido a los menores desde el derecho romano, podía consistir en una restitución "ad totam causam", lo que suponía litigar de nuevo ante el primer juez, o "ad appellandum", en cuyo caso la restitución operaba en el sentido de devolver el plazo de impugnación, y se litigaba entonces ante el superior del a quo. "... quando minor non vult litigare coram primo iudice isto remedio et restituitur ad appellandum, si vero litigare vult coram primo iudice petat restitutio nem ad totam causam..." dice Gregorio Lopez en su glosa a Partidas 3, 25, 1.
- (11) "... nam per appellatione suspenditur executio, per supplicationem vero nullatenus retardetur, sed data fideiussione sententia ad debitam trahitur executionem...", Jose Maldonado y Pardo "Tractatus de Secunda Supplicatione...", Tit. 1, q. e, n° 19, p. 19. Sin embargo en el caso de la Restitución, "... añade una fuerza superior, qual es suspender la virtud executiva de una sentencia inapelable...". Francisco Antonio de Elizondo, "Practica Universal Forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias", Madrid 1.779, Tomo 6, p. 224. Desde luego en recursos como la restitución y la nulidad, tampoco el efecto suspensivo de éstos tenía excesiva importancia, pues su admisión determinaba automáticamente una vuelta a un estado "ante sententiam".
- (12) El efecto devolutivo de la apelación, por el cual el conocimiento y la jurisdicción de la causa pasa al juez superior, denota el carácter delegado de la jurisdicción, por lo cual apelando de un juez inferior, éste debe "devolver" la jurisdicción al superior, jurisdicción que en el último término pertenece siempre al rey que la ha ido delegando en cascada desde el vértice hasta la base de la pirámide jurisdiccional.

- (13) El efecto suspensivo, como veremos mas adelante no sólo suspende la ejecución de la sentencia, sino en general, produce una verdadera congelación de todo el estado procesal, siguiendo la máxima de que "pendente appellatione nihil est innovandum", y ésta prohibición de innovar no sólo afecta al juez, sino que "triplex est novatio : legis, iudicis et partium". Como se dirá en la "Peregrina, a compilatore glossarum dicta Bonifacia". Imo. Est. Polonno, l. 498, fols. 48v-49, en una glosa de Bonifacio Garcia.
- (14) Excluyendo el efecto suspensivo de las apelaciones a sentencias interlocutorias, por ejemplo, se impedía el bloqueo del procedimiento; en las sentencias sobre rentas de propios y ordenanzas municipales, se evitaba la dilación peligrosa en la resolución de administración local, etc.
- (15) Montalvo en sus glosas al Fuero Real 11, 15, 8 ya distingue los casos que admiten suspensión y los que no. Covarrubias habla ya de "utrumque effectum" (Didaci Covarrubias "Practicarum Quaestiones", en Opera Omnia, T. 2, Colonia 1.723, cap. 23, n° 8, pp 605-606). También Francisco Salgado de Somoza en su "Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appellantium". Lion 1.669, Parte 3, cap. 1, pp. 332 y sig.
- 16) "Judex appellationis nullam jurisdictionem habeat, nisi per devolutionem ... neque possit cognoscere, nisi de eo quo cognovit iudex a quo in prima instantia..." Tomas Carleval, en su "Tractatus de Iudiciis officio", Colonia 1.729, Tit. 1, disput. 2, sect. 4, n° 1.275, p. 254. Y Montalvo glosando la Ley 4 del tit. 13 del Ordenamiento de Alcalá que establece - que el apelante debe presentarse ante el ad quem dentro de los términos establecidos y con todo el "proceso del pleyto", dice: "Nota quod superior non potest inhibere inferior ne sua utatur iurisdictione, nisi ex causa devoluta ad superiorem ut ex causa appellationis", Alonso Diaz de Montalvo, "Solemne Repertorium seu secunda compilatio legum Montalvi", - Salamanca 1.549.
- 17) Las ventajas de la restitutio "ad totam causam" frente a la "ad appellandum", Gregorio Lopez las funda en que "per restitutionem ad appellandum non consequitur remedium contra laesionem resultantem ex actis..." pues "... secundum naturam appellationis... unde super eisdem capitulis non poterunt testes denuo produci..." Glosa a Partidas 3, 25, 1. En la misma línea la suplicación participaba también de un examen restringido pues - "non debe oír ningunas otras razones de nuevo fecho, salvo las que son de derecho..." Leyes del Estilo, 171 y 173.
- 18) Fue Azzo en su Summa Codicis (7, 26 de appell., n° 2) el que afirmó que ambos elementos, el de jerarquía y reparación de sentencia debían coexistir en una definición de la apelación, Vid. Padoa Schioppa, "Ricerche - Sull' appello nel diritto intermedio", Milan 1.967, Tomo 2 p. 197.
- 19) Partidas 3, 23, 1 : Esta definición parece tomada directamente del Dotri-  
nal, 6, 1, 2 : "alçada es querella que alguna de las partes faze en juy-  
jo dado contra ella, llamándose por agravjada e recorriendo a emjenda  
del mayor juez".

- (20) Espéculo 5, 14, 1. Este texto nos ofrece a continuación una ingeniosa explicación etimológica del término "alzada", : "... e dizeale alzada .... porque a las vegadas, ya que es como derribado e caydo por juyzio, levantal e alzal aquel a que va, enderezando e emendando el juyzio". Las fuentes legales bajomedievales utilizan regularmente el término "alzada", y son las que proporcionan las definiciones que perduran a lo largo de seis siglos. (Nótese que la ley de Partidas 3, 23, 1 viene recogida en el "Teatro de la Legislación Universal" de Perez y Lopez, Tomo 3, voz apel. p. - 470). Sin embargo la literatura jurídica emplea desde el principio la voz "appellatio", en su forma latina o castellanizada. Véase la Peregrina, - vox appel. l q. a, fo. 39; Flores del Derecho, 3, 2, 1; Expositiones Nominum Legatum, voz appellatio, p. 85; Doctor Infante "Forma Libellandi", - Burgos 1.529, fo. 4 v, etc.
- (21) Digesto 1, 49, 1 "Appellatio iniquitatem judicantium vel imperitiam corrigit..."
- (22) El concepto de iniquitas viene utilizado desde la primera glosa hasta la literatura del siglo XVIII : "quia plerumque iudices iniquas ferunt sententias a iudicibus provocare necesse est", dice el anónimo Ordo Iudiciorum (ed. Haenel, p. 50, citado por Padoa Schioppa, t. 11, p. 197); también Azzo: "Est sententia a minore iudice latae per invocationem maioris iudicis praetextu iniquitatis rescissio" (Summa Codicis, rubr. de appellat, n° 2 citado por Scacciae, Tractatus de Appellationibus, q. 2, n° 1, p. 3, art. 1. p. ). Asimismo Maldonado, "De Secunda Supplicatione" - Tit 1, quaestio 1, nos. 11 y 12, p. 4, y en los términos "... para subversión de la iniquidad ..." lo expresará Elizondo, "Práctica Procesal", T. VI, p. 100, etc.
- (23) Partidas 3, 23, 1 y en términos similares Espéculo 5, 14, 1 y las Flores del Derecho 3, 2, 2 "... ela alçada fue ffallada por rrazon que ela malicia e la cobdicia, e la torpidad e la nescidad delos juyzes menores se pueda enmendar por los mayores..."
- (24) Baldo en l. si, in fine. C. Si de momento possessione fueret appellatum, citado por Geronimo Castillo de Bovadilla en su "Politica para Corregidores y Señores de Vasallos", Madrid 1.759. T. 1, libro 2, cap. 700 ; también los recoge Alonso de Villadiego Vscuña en "Instrucción Política y Práctica Judicial", Madrid 1.720, cap. 4, p. 98, Perez y Lopez en el "Teatro...", T.3, p. 447, etc.
- (25) "Fateor grande, et generale mundo bonum esse appellationes : idque tam necessarium quam solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol justitiae prodens, ac regardens opera tenebrarum", San Bernardo, Lib. 3. de Consideratione ad Eugenium cap. 2. citado por el Conde de la Cañada "Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles", Madrid 1.794, T. 1, parte II, Cap. n°3 p. 239. También, Castillo de Bovadilla, Política I, lib. II, ca. 21, p. - 700; Gregorio Lopez, glosa a Partidas 3, 23, proemio etc.
- (26) Villadiego, "Instrucción...", cap. 4, p. 98, y Perez y Lopez "Teatro ..." III, vox apel. p. 447.

- (27) Graciano presenta la apelación como la vía natural abierta a todos los oprimidos que acuden a la Iglesia como a su madre : "Ad Romanam Ecclesiam ab omnibus, maxime ab oppressis est appellandum et concurrendum quasi ad matrem..." Decreto 2, 6, 8, idea que se plasmará mas tarde en Las Decretales 2, 28, 38. Sobre esto, Morel "Le recours au roi..." p. 30.
- (28) Partidas 3, 23, proemio. Los recursos son en esta imagen "amparamientos".
- (29) "... alzada es queja... solicitando la enmienda de su agravio..." Elizondo "Politica..." VI, p. 99. "... legítima reclamación... con motivo o título de haber sido injusta o causado agravio la sentencia..." Dou y Basols, "Instituciones del Derecho Público" T. 6, art. 3, n° 1, p. 327. - "... reclamación para que anule o reforme la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior". 'Diccionario razonado de Legislación - Civil, Penal, Comercial y Forense', de Joaquín Escriche, Valencia 1.838, p. 29.
- (30) Gomez de la Serna y Montalbán, "Tratado Academico Forense de los procedimientos Judiciales", Madrid 1.856, p. 328.
- (31) La mera superioridad jerárquica ya justifica esta capacidad. "Ratio huius illationis est quia superior debet corrigere quod fecit inferior et non e converso..." Scaccia, "Tractatus...", q. 2, n° 1, p. 3. También la "Librería de Jueces" (Madrid 1.771) "La apelación prueba superioridad porque ésta siempre sigue el orden de inferior a superior..." T. II, p. 52.
- (32) La glosa ya se habia preocupado de establecer el caracter jerárquico como elemento esencial de este medio de impugnación. Así Azzo, "appellatio debet fieri ad superiorem, id est ad eum qui est in grado proximo superiori eo, qui tulit sententiam" (Summa Codicis 7, 62, de appel. n° 23, citando por Padoa Schioppa, op. cit., T. 2, p. 110).
- (33) Al respecto véase Morel "Le recours au roi..." p. 6.
- (34) "Iudicium est trinus actus trium personarum vel sic iudicium est sententia iudicis et quod ponitur per discretionem", Expositiones Nominum Legalium, p. 85. "Et forma iudicii destruitur, si una de personis substantialibus subtrahitur" según Gregorio Lopez en sus glosas a Partidas 3, 4, 35.
- (35) Véase la Glosa de Bonifacio a Peregrina voz, Iudex, fo. 273, q.i.,
- (36) Partidas 3, 4, 35. La garantía de imparcialidad hace necesario extender la prohibición de ser juez no sólo en causa propia sino en causas en las que hubiere sido abogado y consejero también. La sanción que protege esta garantía es la nulidad, según Gregorio Lopez, glosa a Partidas 3, 4, 35 - siguiendo a Durante.
- (37) "Ihering ha destacado bien el valor de la división de la instancia y la posición del juez tenían en Roma como garantías de una justicia civil independiente e incorruptible", citado por Becña "Magistratura de Justicia" p.

- (38) Esquema que ya viene señalado por un texto temprano como el *Dotrinal* : - "Onde si alguno se agraviase del juyzio que diese aquel que ha de judgar= todos los plejtos de alguna villa o cibdad, (et oviere alzada a otro judgador o a otro lugar) alli deve yr primeramente; et sise sintiere agravja do delo que mandare, allj puedese alçar a otro mayoral silo y ovier que - los aya de judgar, et despues al rrey".
- (39) Vid. Marcel Fournier. "Essai sur l'histoire de l'appel, suivi d'une étude sur le reforme de l'appel", Paris 1.881, p. 7-11. Para este autor dos elementos concurren en la creación y desarrollo de la apelación, 1º) el nombramiento de delegados judiciales que le sustituyan en sus funciones, supone el principio de la creación de una administración jerárquica, y 2º) la adopción de la regla de que del delegado se recurre al delegante, por vía de apelación.
- (40) Sobre el principio de Mayoria de Justicia del Rey Vid. el trabajo de Bermejo Cabrero, "Mayoria de Justicia del Rey y Jurisdicciones Señoriales de la Baja Edad Media Castellana", en volúmenes de comunicaciones y ponencias presentadas en la I Jornada de Metodología Aplicada de las Ciencias= Historicas, 24-27 de Abril 1.973.
- (41) Para Fournier, la institución de la apelación sólo se da en la época en que la organización política era suficientemente sólida para organizar una máquina administrativa eficaz, y en aquellos sistemas que manifestaban una tendencia hacia la centralización (op. cit. p. 7) pone como ejemplo el desarrollo progresivo de las apelaciones en el sistema romano a partir del Principado (p. 57), y arguye que en una época como la Alta Edad Media, carente de sistema administrativo jerárquico, no podía existir apelación pues "... le peuple étant souverain absolu, ce qu'il avait décide l'était sans recours..." (p. 93-100). Curiosamente para este autor la soberanía popular absoluta y la apelación son incompatibles. (En cuanto al sosten administrativo del mecanismo de la apelación, también Guasp en su "Derecho Procesal Civil", T. 2, p. 729, habla de "La inserción de una idea administrativa en el mundo procesal").
- (42) Véase García Gallo "Las Audiencias en Indias", Academia Nacional de Historia. Caracas 1.975.
- (43) Sobre la evolución y desarrollo del sistema judicial real en la Baja Edad Media, tenemos la tesis de Sanchez-Arcilla "La Administración de Justicia en la Baja Edad Media", leída en Madrid en Junio de 1981.
- (44) Debido a la complicación y extensión del tema, podría perfectamente constituir el objeto de otro trabajo de investigación, por lo cual no podemos ocuparnos aquí de él con la profundidad que sería deseable. Para la Baja Edad Media nos remitimos a la obra de Gustavo Villapalos "Los Recursos contra los Actos de Gobierno en la Baja Edad Media", Madrid 1.976, pp. 252-271, y especialmente a la reciente tesis de Sanchez Arcilla "La administración de justicia en la Baja Edad Media", Madrid 1.981, que estudia minuciosamente la jerarquía de los tribunales en este periodo.
- (45) *Espéculo* 4, 2, 11.

- (46) Las sentencias del adelantado mayor eran inapelables, pues al igual que - el rey tienen "mayoria... sobre los otros oficiales del regno" Partidas - 3, 23, 17 y 24, 4.
- (47) Para Sanchez Arcilla, el Ordenamiento de 1.274 no se cumplió en la prácti ca, pues en la documentación que ha manejado no encuentra referencias ni sobre el Adelantado Mayor de Castilla ni sobre los Alcaldes de las Alza - das, op. cit. p. 280.
- (48) Cortes de Zamora 1.274, pet. 17, C.L.C. I, p. 89-90.
- (49) Cortes de Zamora 1.274, pet. 20, C.L.C. I. p. 90.
- (50) En el ordenamiento de Zamora se habían instituido veintitrés alcaldes, - nueve de Castilla, seis de Extremadura y ocho de Leon, loc. cit. pet. 17, p. 89-90. Cortes de Valladolid de 1.293, pet. 14, C.L.C. I, pp. 144-45.
- (51) Cortes de Valladolid de 1.307, ley 78, C.L.C. I, p. 198.
- (52) Partidas, 3, 4.
- (53) Sobre el origen de la Audiencia, véase, F. Mendizabal "Investigaciones - acerca del origen historia y organización de la Real Chancillería de Va - lladolid : su jurisdicción y competencia", en R.A.B.M. t. 30, y t. 31, y las diversas opiniones de Villapalos (op. cit., pp. 257-266) y Sanchez - Arcilla (op. cit., p. 259 y sig). De todas formas estos dos autores coin - ciden en que desde la remodelación de Enrique II en Toro, la Audiencia - comienza a funcionar como tribunal real.
- (54) Cortes de Toro de 1.371, pet. 1, C.L.C. t. 2, p. 189.
- (55) O.O.R.R., 2, 4, 31 recogía la disposición de Juan I en las Cortes de Gua - dalajara de 1.390.
- (56) Cortes de Toledo de 1.480, leyes 37-40, C.L.C. t. 4, pp. 121-24.
- (57) Para Sanchez-Arcilla, la audiencia no es en sus orígenes un órgano estric tamente jurisdiccional, sino que en ella se veían asuntos de toda natura - leza. Desde 1.348 aparece actuando por sí de forma regular, si bien ante= todo como tribunal de primera instancia - mientras las apelaciones iban - aún a los alcaldes de Corte, según los territorios. En el reinado de Juan I, es cuando empieza a configurarse como tribunal superior a los demás, - apareciendo ya algunas apelaciones libradas en la Audiencia (op. cit. p. 505 y sig.).
- (58) Ordenanzas de la Cancillería de Valladolid, de Medina del Campo 1.489, - Real Provisión de 24 de Marzo de 1489, Libro de las Bulas y Pragmáticas, - fols. 49-60v.
- (59) La inapelabilidad de los fallos de la Audiencia ya se establecía por Enrí que II en las Cortes de Toro de 1371, pet. 1, C.L.C. t. 2, p. 189. La ra - zón de esta inapelabilidad viene por el hecho de que la Audiencia imparte justicia en nombre el rey, fenómeno que se ha explicado por ser éste órگا

no un "alter-ego" de la persona Real, como lo califica Sanchez-Arcilla si guiendo a García Gallo (op. cit. p. 423).

- (60) La evolución de la figura del adelantado mayor desde el Espéculo (2, 13, 3, 4, 2, pr. y 4, 2, II), que la configura como un juez de alzada que aun que resida en la Corte tiene asignado un territorio a modo de demarcación judicial, es una evolución complicada y con cambios bruscos que además no admite un tratamiento unitario, territorialmente hablando (sobre esta evolución véase Sanchez-Arcilla pp. 708-800). Pero a partir de las Cortes de Valladolid de 1.312, pet. 79, C.L.C. t. 1, pp. 215-216, los Adelantados son desplazados de su función judicial para adoptar un matiz de carácter político, y ser equiparados eventualmente a los Merinos; mientras que el Rey les asigna unos Alcaldes Reales que le sustituyen en la función judicial respecto de sus territorios: éstos son desde entonces los Alcaldes de Adelantamiento ante quienes van las apelaciones.
- (61) Entre las competencias asignadas al Consejo por Juan I en las Cortes de Valladolid de 1.385, que le configuran como órgano autónomo, no aparecen asuntos de justicia, sin embargo en las Cortes de Madrid de 1.419 en Consejo aparece dividido en un "Consejo de Justicia" y uno "secreto" (véase Sanchez-Arcilla, op. cit. pp. 585-627).
- (62) Las repetidas reiteraciones de la competencia de la Audiencia frente a intromisiones del Consejo llevan a esta conclusión: Vid. Cortes de Valladolid de 1.385 (C.L.C. t. 2, p. 333), Cortes de Briviesca de 1.387 pet. 4, (C.L.C. t. 2, p. 375), Ordenanzas del Consejo de la Justicia de 1.432, etc. Sanchez-Arcilla piensa que el Consejo seguía conociendo pleitos valiéndose de la Comisión, al amparo de la cláusula de reserva de jurisdicción que Juan II había establecido en una Carta Real de 1.428 (op. cit. pp. 676-678).
- (63) Cortes de Toledo de 1.480, pet. 1, C.L.C. 4. 4, p. 111.
- (64) En el Libro de Bulas y Pragmáticas, fo. 49.
- (65) Cortes de Toledo de 1.480, pet. 26, C.L.C. t. 4 p. 118-19. La sentencia de revista era también irrecurrible.
- (66) Reyes Católicos, en el cap. 3, Ordenamiento Medina 1.489. Recopilación 2, 5, 1ª y Enrique III en Segovia, Ordenanzas del Consejo de 1.406, cap. 3.
- (67) Recopilación 2, 4, 20. Las sentencias del Consejo en apelaciones de residencias eran insuplicables, salvo en el caso de que la condena fuese de privación de oficio a perpetuidad o de pena corporal. Felipe II por Consulta del Consejo, año 1.556 y 1.565. (Recopilación 2, 4, 52). Se ventilaban generalmente por procedimiento sumario: "por los mismos Autos, sin recibirse mas a prueba" (Castillo de Bovadilla, "Política..." t. 2, lib. 5, cap. 1, p. 526). Las apelaciones de las Residencias de Pueblos de Señorío, no iban al Consejo sino ante los Señores o a las Chancillerías (Castillo, loc. cit.) siguiendo su orden especial. La situación de los jueces de señorío se normaliza por un Auto acordado de Felipe II de 15 de diciembre de 1.564: "En lo de los jueces de Apelación de los señores, -

para que hagan residencia, se mandó que de aquí en adelante se dé la provisión ordinaria, como se dá contra los Alcaldes Mayores que conocen en primera instancia" Auto 1, tit. 18, lib. 4 (Colección de Autos Acordados, t. 3, p. 1). Por una provisión del Consejo de 20 de Agosto de 1.566 recogida en la Recopilación 3, 1, 15, las apelaciones de jueces de residencia del Reino de Galicia, provistos por dicha Audiencia, se llevaban ante la misma, a no ser que la causa fuese de condenación de cien mil maravedis - en lo civil, o de muerte natural en lo criminal.

- 68) En las Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 16, 7 las apelaciones de los Alcaldes de Casa y Rastro en causas civiles se remiten para el Consejo de forma general. En la Recopilación se recoge esta remisión pero con modificaciones : si el Consejo está en el lugar donde las causas se determinan, allí irán, "porque los pleiteantes no sean fatigados con gastos", pero si el Consejo se ausentase del radio de veinte leguas, irán a la Audiencia. Recopilación 2, 4, 20 y Novísima Recopilación 11, 20, 13.
- 69) Felipe II, por resolución a consulta del 15 de Octubre de 1.574, normas - que las equiparan a las apelaciones de Alcaldes de Corte.
- 70) Cédula de los Reyes Católicos en Medina del Campo, de 28 de Febrero de 1.504. (Recopilación 2, 4, 23 y Novísima 11, 20, 12).
- 71) Real Cédula dada por Felipe III a 30 de Enero de 1.608, citada por Elizondo en su "Práctica...", T. 1, p. 168.
- 72) Por real decreto de Carlos II en Madrid 17 de Julio de 1.691, recogida en la Novísima 4, 3, 3.
- 73) Auto 21, tit. 21, lib. 5, cap. 14. Felipe IV en el Escorial a 21 de Octubre de 1.654, por pragmática publicada en Madrid el día 22 del mismo. Colección de Autos Acordados, T. 3, p. 135.
- 74) Elizondo "Practica..." T. 1, p. 169, quien dice que por Auto de Sala primera de 18 de Enero de 1.747 se determinan las apelaciones que conoce la Sala Segunda de Gobierno.
- 75) Auto 28, tit. 4, lib. 2, el Consejo en Madrid a 3 de Marzo de 1.621, lib. 5, fo. 27. Colección de Autos Acordados, T. 3, p. 77.
- 76) Despues del Real Decreto de 20 de Noviembre de Felipe V el Consejo de Aragon es absorbido por el de Castilla. Novísima Recopilación, Lib. 5, tit. 10, Ley 1, n° 4.
- 77) Reyes Católicos en Las Cortes de Toledo de 1.480, cap. 3, recogido en la Recopilación 2, 4, 20.
- 78) Auto 8, tit. 15, lib. 3, Felipe IV en Madrid a 12 de Junio de 1.623, y 10 de Noviembre de 1.625 y 10 de Abril de 1.631. Colección de Autos Acordados, T. 3, p. 412. Según Elizondo (op. cit. p. 171) por Real Decreto de 22 de Octubre de 1.749 estas apelaciones se destinan al Consejo de Hacienda.



- (79) Elizondo, op. cit., respectivamente p. 270 y pp. 162-166.
- (80) Las apelaciones de causas de la Mesta las había avocado el rey para sí - desde las Cortes de Valladolid de 1.351, (pet. 44, C.L.C. t. 2, p. 26), - después de haberse establecido (Cortes de Madrid de 1.339, pet. 32, C.L.-C., t. 1, p. 474) que debían conocerse en primera instancia conjuntamente por el "alcalde de los pastores" y el alcalde ordinario del lugar donde - surgiera la causa, en razón de los conflictos que creaba la apertura de - nuevas cañadas. Por Real Decreto de 11 de Noviembre de 1.678, todas las - apelaciones de la Mesta se asignan a la Sala de Mil y Quinientas. Por es- - te decreto también van a la misma Sala las apelaciones de la Cabaña Real - de Carreteros, las del juez de Receptores y del juez Protector de Hospita- - les.
- (81) Elizondo "Practica..." t. 1, p. 173.
- (82) Auto 3, tit. 18, lib. 4, el Consejo en Madrid a 9 de Octubre de 1.574; su majestad a consulta de 15 del mismo, lib. 3, fo. 204. Colección de Autos= Acordados, t. 3, p. 19.
- (83) Sentencias condenatorias ejecutivas u ordinarias superiores a esta canti- dad según Elizondo, (op. cit. p. 26-27).
- (84) Recopilación 2, 6, 14, Felipe II en las Cortes de Madrid de 1.563. La com- petencia en materia penal de los Alcaldes de Corte, arranca desde las Cor- tes de Zamora de 1.274, y se consolida en las Cortes de Burgos de 1.379 - en la que se crea una Sala en la Chancillería dedicada exclusivamente a - asuntos criminales, la cual adquiere carácter definitivo en el reinado de Juan II como "Audencia de la Carcel" y bajo los Reyes Católicos en sus - Ordenanzas de Medina del Campo de 1.489 (Véase Sanchez-Arcilla pp. 177- - 235).
- (85) La Ordenanza de Medina de 1.489 establecía competencia de segunda instan- cia en asuntos civiles, en un radio de 5 leguas de Rastro, norma que se - recoge en la Recopilación 2, 7, 4. En el siglo XVI el Consejo mediante - autos acordados la confiere algunas competencias específicas, como apela- ciones de mandamientos de aposentadores (Auto 1, tit. 15, lib. 3, Madrid, 18 de Enero de 1.566, Col. Autos Acordados t. 3, p. 402) o apelaciones de jueces de comisión para causas relativas a la caza del Pardo y Aranjuez - (Auto 4, tit. 6, lib. 2, Toledo, 22 de Febrero de 1561, Col. Autos Acorda- dos, t. 3, p. 124) etc. Según Elizondo en el S. XVIII este Tribunal cono- ce en primera instancia causas condenatorias en negocios ejecutivos y ci- viles hasta la cantidad de 9.000 reales, que siendo superiores irían al - Consejo en Sala de Provincia, "Practica..." 1, p. 174).
- (86) En 1.604 se hace una división en seis cuarteles (Recopilación 2, 6, 20) y en 1.768 una nueva división establece ocho cuarteles, a la vez que se for- man dos Salas de Alcaldes de Casa y Corte, Cédula de 6 de Octubre de 1768 recogida por Santos Sanchez "Colección de todas las Pragmáticas, Provisio- nes, Circulares, Autos Acordados y otras providencias publicadas en el - reinado de Carlos III", Madrid, 1792, p. 116-117.

- (87) Provisión de Ordenanzas de la nueva Audiencia de Ciudad Real, dadas por los Reyes Católicos, en Segovia a 30 de Septiembre de 1.494, "Libro de Bulas y Pragmáticas", Edición facsimil del Instituto de España, Madrid - 1.973, fo. 61-63v.
- 88) Carlos V, en Bruselas a diez de Enero de 1.556, cap. 1 y 4 de las Ordenanzas para la Audiencia de Sevilla, Recopilación 3, 2, 3, Novísima 5, 4, 1.
- 89) En las ordenanzas de 1.556 se establecía competencia en apelaciones superiores a diez mil maravedis, - las inferiores a esta cuantía pertenecientes al Regimiento (Recopilación 3, 2, 3) - pero por cédula de 14 de Mayo de 1.566 (recogida en Novísima Recopilación 5, 4, Ley 41, n° 3) se establecía que todas las apelaciones indiferentemente de su "calidad y cantidad" fuesen directamente a las Audiencias y no a los Regimientos.
- 90) Felipe II, en 1.566, Recopilación, 3, 3, 1; Novísima 5, 5, 1.
- 91) Carlos V en Bruselas en 1.556, Recopilación 3, 2, 4; Novísima 5, 5, 4; - también Felipe II en 1.566, Recopilación 3, 2, 42 y Novísima 5, 4, 11.
- 92) Reyes Católicos en Madrid a 1.494, Recopilación 3, 1, 1; la Pragmática - Sanción de 1.494 facultaba al Gobernador y a los Alcaldes Mayores de Galicia de conocer causas en segunda instancia.
- 93) Esta dependencia de una tercera instancia en Valladolid se fue restringiendo con el tiempo. En 1.494 las sentencias de cuantía superior a diez mil maravedis eran apelables en Valladolid (Recopilación 3, 1, 3), y ya los Reyes Católicos en una Pragmática de 15 de Junio de 1.500 habían permitido que, en caso de consentir las partes, podían suplicarse ante la misma Audiencia de Galicia sin tener que acudir a Valladolid (Recopilación 3, 1, 17; Novísima 5, 11, 35). Las apelaciones penales a la Chancillería de Valladolid se restringieron por Felipe II a partir de 1.566, a aquellas de sentencias "en que hubiere condenación de muerte natural" - (Recopilación 3, 1, 9; Novísima 5, 11, 32).
- 94) Real Decreto de 3 de Abril de 1.711. Por este decreto todos los recursos y apelaciones en tercera instancia que determinasen las dos salas (una para lo civil y otra para lo penal) debían ir al Consejo de Castilla; en vez de al de Aragón como se venía haciendo hasta ahora. (Recogido en Novísima Recopilación 5, 7, 2).
- 95) Real Cédula dada por Felipe V en 11 de Mayo de 1.715. Recogido en Novísima 5, 10, 1. Las apelaciones de la Audiencia actuando en primera instancia también iban al Consejo de Castilla.
- 6) Real Decreto dado por Felipe V, a 16 de Enero de 1.716, recogido en la Novísima 5, 9, Leyes 1, 2, y 4.
- 7) Felipe V redujo la Chancillería de Valladolid a Audiencia por el Real Decreto de 1.716, recogido en Novísima 5, 8, 1.

- (98) Creada por Felipe V en el Pardo a 30 de Julio de 1.717 (Novísima Recopilación 5, 3, 1) se le dá jurisdicción sobre todo el reino de Asturias - antes las causas iban a la Chancillería de Valladolid - y se la dota de una planta a semejanza de la Audiencia de Galicia.
- (99) Por Pragmática de 30 de Mayo de 1.790 (recogida en la "Colección de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares, Autos Acordados y otras providencias publicadas en el actual reynado del Señor Don Carlos IV" de Santos Sanchez, Madrid 1.801, Tomo 1, p. 125). Se le dota de jurisdicción civil en segunda instancia y en primera para casos de Corte, con apelaciones a Valladolid en causas de mas de sesenta mil reales, y de jurisdicción criminal en última instancia.
- (100) La Audiencia de Pamplona se crea por el Decreto de 9 de Octubre de 1.812, "Reglamento para las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia", recogida en "Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes de Cádiz", Tomo 3, - pp. 106-130. Su art. 18, suprime el juez Mayor de Vizcaya que venia atendiendo las apelaciones desde 1.390, según piensa Sanchez-Arcilla (op. cit. p. 377) y las Juntas de Guipuzcoa y Alava, que venian conociendo apelaciones penales de los alcaldes de Hermandad. Vid Gibert, "Historia General - del Derecho", pp. 270-272.
- (101) Cortes de Toledo de 1.480, pet. 69, C.L.C., T. 4, p. 142, Norma que se recoge en Las Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 16, 6; por ella se establecía que para librar este recurso "el dicho Concejo elijan, y nombren dos buenas personas los quales en uno, con el juez que dió la sentencia, fagan juramento, que a todo su real poder, y entender juzgarán aquel pleito bien...", y de su sentencia no cabia ningún recurso.
- (102) Las causas de mayor cuantía a las que competia al Regimiento iban a las Audiencias, salvo aquellas que cayeran dentro de las "ocho leguas de nuestra Corte o Chancillería" pues en este caso éstas conocerían de ellas. La fundamentación de esta apelación a los Regimientos, según Castillo de Bovadilla, está basada en criterios históricos, económicos y prácticos : - "... en los tiempos de los antiguos romanos se usaba, ... que de los Magistrados se apelase para ante el pueblo, y ... faltando en una ciudad o pueblo juez de apelación, se ha de apelar ante el senado y congregación, que hubiese en aquel pueblo de decuriones, que hoy son los regidores...." Las razones de utilidad se cifran en "evitar, que los litigantes por tan pequeño interesse, y quantía no hagan grandes gastos en proseguir sus apelaciones en las Chancillerías de mayor suma, e importancia, que es el valor de la causa principal; y tambien porque los Oidores no se embarazassen en tan pequeñas causas, dexando de acudir a las mayores...", "Politica..." T. 2, lib. 3, cap. 8, pp. 195-6.
- (103) La cifra de 3.000 maravedis de 1.480 (Cortes de Toledo, pet. 69, C.L.C. t. 4, p. 142) se eleva de 6.000 mrd. en 1.523 (Cortes de Valladolid, pet. 94, C.L.C., T. 4, p. 397), a 10.000 en 1.558 (Cortes de Valladolid, pet. 19, C.L.C., T. 5, p. 741; recogido por Recopilación 4, 18, 7), a 20.000 en 1.598 (Recopilación 4, 18, 18), a 30.000 en 1.632 (Recopilación 4, 18, 19 y Novísima 11, 20, 10) y finalmente a 40.000 en 1.778 (Novísima R., 11, - 20, 21; por Real Cédula de 5 de Noviembre, que tambien recogía el "Teatro

de la Legislación..." T. 3, p. 497). El aumento lineal de la cuantía de estas causas a lo largo de cuatro siglos no parece que se correspondiera con la urgente demanda social de descentralización en la administración de justicia de las Audiencias en favor del Consejo. Especialmente en el S. XVI, las actas de Cortes redundan con denuncias de los procuradores sobre la dilación en la resolución de causas que por cuantías bajísimas debían ir a las chancillerías, el mal funcionamiento de las audiencias por saturación de causas pequeñas, y que el sistema es tan costoso e incómodo que las clases humildes "dexas de venir a seguir sus causas y cobrar lo que se les debe, y los que lo deben con esta intención de non pagar, apelan" (Cortes de Valladolid de 1.518 pet. C.L.C. t. 4, p. 266; véase también Cortes de Toledo de 1.525, pet. 32 C.L.C., T. 4, p. 420; Cortes de Madrid pet. 39 C.L.C. T. 4, p. 467, pet. 107, p. 498 y pet. 164, p. 522; Cortes de Segovia de 1.532, pet. 23, C.L.C., T. 4, p. 537; Cortes de Madrid de 1.534, pet. 78 C.L.C., T. 4, p. 603; Cortes de Valladolid de 1537 pet. 39 C.L.C. T. 4, p. 648; Cortes de Valladolid de 1.542, pet. 41, C.L.C., T. 5, p. 240; Cortes de Valladolid de 1544, pet. 13, C.L.C., T. 5, p. 310; Cortes de Valladolid de 1.548, pet. 210, C.L.C., T. 5, p. 469 y Cortes de Madrid de 1.551, pet. 7, C.L.C., T. 5, p. 500 etc).

- (104) Las sentencias de las justicias sobre gobernación, mantenimiento y ordenanzas de las ciudades, se apelaban para la Audiencia (Cortes de Toledo de 1.525, pet. 29, C.L.C., T. 4, p. 419) : "so color que la dicha condenación ay parte aplicada a la camara de vuestra Magestad..." (como dicen en las Cortes de Segovia de 1.532, pet. 22, C.L.C., T. 4, p. 536-7). A pesar de las peticiones incesantes de los procuradores para que estas causas, hasta la cuantía de 6.000 maravedis fuesen al regimiento, "porque los concejos no syguen las dichas apellaciones, ni los condepnados, porque son injustas..." (Cortes de Toledo de 1.525, pet. 30, C.L.C., T. 4, pp. 419 - 20; también Cortes de Madrid de 1.528, pet. 37, T. 4, pp. 466-7; Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 30 y 105, C.L.C., T. 4, p. 645 y 672; Cortes de Valladolid de 1.548, pet. 18, C.L.C. p. 374 etc), solo se concede por el rey que las causas sobre ordenanzas de cuantía inferior a 1.000 maravedis, se ejecuten "syn embargo de su apellación, la cual despues de ejecutada puede seguir..." (Cortes de Segovia de 1.532, pet. 22, C.L.C., T. 4, p. 536-37).
- 105) Las apelaciones de pleitos de alcavalas eran competencia de las Audiencias, donde se remitían a los Notarios, como expresamente se dispone en la Recopilación, 2, 12, 12, y 8, 26.
- 106) La exclusión de competencia de los Concejos en segundas instancias de causas de residencias que iban al Consejo o a la Audiencia según quien había se comisionado al juez de residencia, causaba bastante descontento a nivel local según las peticiones en Cortes, que rogaban pudiesen ser libradas por el Regimiento si eran de cuantías pequeñas, véase Cortes de Madrid de 1.528, pet. 164, C.L.C., T. 4, p. 522; Cortes de Valladolid 1.537, pet. 11, C.L.C. p. 638 y Cortes de Valladolid de 1.548, pet. 21, C.L.C., t. 5, p. 375.
- 107) Desde las Cortes de Toledo de 1.480 se había dispuesto que las apelaciones penales de los Alcaldes de Hermandades fuesen a los Alcaldes de Corte,

y en 1.525 se ordenó que las apelaciones de los alcaldes de Hermandad en causas de condenación pecuniaria hasta 6.000 maravedis fuesen ante el Corregidor del partido o el Alcalde de Adelantamiento mas cercano sin mas recurso, mientras que las causas por encima de esa cuantía irían a las Audiencias o Cancillerías respectivas (Cortes de Toledo de 1.525, pet. 54, C.L.C. T. 4, pp. 435-6 y Recopilación 4, 18, 8 y 3, 2, 4; Novísima 11, 20, 14 y 5, 4, 7). Esta modificación fue debida a las insistentes peticiones en Cortes de que las causas penales de condenación pecuniaria de cuantías menores, que no tuviesen pena corporal ni de destierro fuesen, al igual que las civiles, al Regimiento, petición que se repite sin cesar posteriormente (Cortes de Valladolid de 1.506, pet. 21, C.L.C., T. 4, p. 230; Cortes de Burgos de 1.515, pet. 22, C.L.C., T. 4, p. 256; Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 91, T. 4, p. 666; Cortes de Toledo de 1.538, pet. 28, C.L.C., T. 5, p. 118; Cortes de Valladolid de 1.544, C.L.C., pet. 14, T. 5, p. 311; Cortes de Valladolid de 1.548, pet. 20 C.L.C., T. 5, p. 375; Cortes de Toledo de 1.559 pet. 47, C.L.C., T. 5, p. 831). Los procuradores denuncian tambien constantemente las fraudulentas mañas de estos alcaldes para frustrar la segunda instancia de los corregidores, poniendo maliciosamente penas de destierro voluntario (Cortes de Toledo de 1.538, pet. 67, C.L.C., T. 5, p. 135) por lo cual se pide que las causas puedan ir ante el Corregidor aún con esta pena, (Cortes de Madrid de 1.534, pet. 75 y 76, p. 602; Cortes de Valladolid de 1.542, pet. 5, C.L.C., T. 5, p. 186-7), pero todas estas peticiones son siempre implacablemente denegadas. Las apelaciones de los alcaldes entregadores de la Mesta tambien estaban excluidas de la competencia consistorial (iban al Consejo y a las Chancillerías, Recopilación 4, 18, 8), y eran asimismo objeto de quejas en Cortes por las mismas razones (véase Cortes de Segovia de 1.532; pet. 53, C.L.C., T. 4, pp. 551-52; Cortes de Madrid de 1.534, pet. 80, C.L.C., T. 4, pp. 603-4; Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 29, C.L.C. pp. 644-5).

- (108) Castillo de Bovadilla comentando esta limitación dice que "La jurisdicción de los Regidores, en grado de apelación es anómala, extraña y limitada, solamente para en lo mero civil : y no se puede, ni debe ampliar, ni estender a lo que es de otro genero..." "Politica...", T. 2, lib. 3, Cap. 8, - n° 212 in fine pp. 206-08.
- (109) En el siglo XVI, en una instrucción de leyes para los Alcaldes mayores de los Adelantamientos dada en Alcalá a 3 de Marzo de 1.543 (Recopilación 3, 2, 49; Novísima 11, 20, 15) se mencionan tres adelantamientos : Palencia, Burgos y Leon, indicándose que las apelaciones de sus sentencias irán a la Chancillería de Valladolid. Los procuradores en Cortes presentan quejas de la lentitud y costo de este sistema y piden tambien que las causas de menor cuantía vayan a los concejos, lo que, como en los demás casos se deniegan invariablemente (Cortes de Toledo de 1.538, pet. 45 y 112, C.L.C., T. 5, pp. 126 y 153; Cortes de Valladolid de 1555, pet. 8, C.L.C., T. 5, p. 631; Cortes de Toledo de 1559, pet. 49, C.L.C., T. 5, p. 832).
- (110) En las Cortes de Segovia de 1.532, pet. 27, (C.L.C., T. 4, pp. 544-5) los procuradores piden que el tribunal itinerante del rey suspenda la jurisdicción de las villas por las que viaja, al menos respecto de las causas de menor cuantía (6.000 maravedis) pues se provocan desórdenes, porque acuden "gentes amigos de novedad e inclinados a molestarse...", y el rey no concede la petición.

- (111) Espéculo 5, 14, 15; El Dotrinal 6, 1, 18. Las Partidas 3, 23, 20. Mencionan a "vibdas ó huerfanos" y dos clases de pobres: "los otros son tan pobres que non han valia de veinte maravedis, et de los que fueron ricos et honrados et despues vienen á pobreza en manera que el rey entienda que son muy descaidos del estado en que solian seer", y aquellos "que son muy viejos et vienen por si a librar pleitos...", y añade que aunque "piedat" le debe mover para librarlos de él mesmo", puede "darles quien los libre luego" - es decir podemos suponer que estas causas eran generalmente delegadas.
- (112) "Siendo una de las mayores fatigas de los Letrados, y los Tribunales discernir quales son los legítimos, a quienes competen los recursos de apelación en las causas..." "Practica..." T. 3, p. 158.
- (113) Art. 244 -e la Constitución de 1.812. Véase Laso Gayte, Francisco "Cronica de la Codificación Española", Madrid 1.972, T. 1, p. 6 y sig.
- (114) Decreto de 9 de Octubre de 1.812, recogido en la "Colección de Decretos - de Cortes", T. 3, p. 120.
- (115) Decreto de 9 de Octubre de 1.812, Cap. 1, art. 1°. Estos jueces de partidos conocerían todos los pleitos contenciosos salvo aquellas causas civiles hasta 500 reales de vellon en la península y 100 pesos fuertes en ultramar, y las causas penales sobre faltas livianas, pues en estas causas eran competentes los alcaldes de pueblo, que conocerían en juicio verbal, y su sentencia sería inapelable (art. 9).
- (116) Decreto 9 de Octubre de 1.812, Arts. 1 y 13, 1., desarrollando el art. 11 de la Constitución de Cádiz de 1.812.
- (117) Art. 36 del Real Decreto que contiene el Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria de 26 de Septiembre de 1.835, "Reglamento Provisional", Colección de Decretos, T. 20. Se exceptuaban de la competencia de estos jueces de primera instancia los casos pertenecientes a la jurisdicción eclesiástica, la Real Hacienda y los militares de Guerra y Marina, y las causas de mínima cuantía - hasta diez duros - que pertenecían a los Alcaldes y tenientes de Alcaldes (Sec. III, art. 31). De sus apelaciones en causas de 25 duros hasta 40.000 maravedis conocerían los Ayuntamientos de la capital del partido judicial (art. 41).
- (118) Art. 56 del Reglamento Provisional. Las Audiencias conocerían en apelación las causas de mayor cuantía - desde 40.000 mrd. remitidas de los Juzgados de Partido (art. 43), y las causas criminales, así como las causas que se formasen contra jueces inferiores (art. 58, y 2).
- (119) Partidas 3, 23, 28, texto que sigue literalmente a aquel del Espéculo 5, 14, 13, que a su vez parece tomado del Dotrinal 6, 1, 17. Las Flores del Derecho sin embargo utilizan otra expresión: "Aquel que appellar, siempre deve appellar del menor juyz al mayor que es en el segundo grado sobre el" Flores... 3, 2, 7.

- (120) "Appellandum est gradatim non omisso medio", Gregorio Lopez glosa a Partidas 3, 23, 18.
- (121) Decretales lib. 2, tit. 28; Librum Sextum Decretalium, lib. 2, tit. 15; - Clementinas lib. 2, tit. 12, citadas por "Teatro de la Legislación..." - tomo 3, pp. 416-467. También cap. Roman. de Appellat. in 6; Concilio Trento cap. 7. Sesión 22 de Reformas.; Cap. 25 Bula Apostolicíi Ministerii., - citados por Elizondo, "Practica..." T. 6, pp. 91-92.
- (122) Baldo comentando la decretal de Alejandro III, Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria, De officio legati, C. 1, fol. 110, V°, citado por Morel "Le recours au roi..." p. 53.
- (123) En cuanto al carácter gradual, Scaccia diferencia estas dos figuras en - que, mientras que la apelación judicial "... semper interponitur ad superiorem tribunalis a quo appelletur...", la apelación extrajudicial "interponitur etiam ipsa ad superiorem iudicis quando appelletur a iudice extrajudicialiter procedente... sed si appelletur aparte: tunc quia eiusmodi appellatio assumit naturam conventionis... interponitur ad iudicem ordinarium appellati si appellans petit sibi justitiam fieri de appellato; nam acto sequitur forum rei..." Scaccia "Tractatus..." q. 2, art. 111, nos. - 33-46, p. 7-8.
- (124) Para la apelación extrajudicial véase Morel "Le recours au roi..." pp. 13 y sig.
- (125) "... appellandum (est) ad iudicem proximum superiorem, et gradatim non - omisso medio..." dice Montalvo en su glosa al Fuero Real 11, 15, 4. Y aún en el siglo XVIII, Elizondo escribe "... y debe ser del juez menor al mayor, sin dexar alguno omisso medio...", "Practica..." T. 1, p. 147 siguiendo el texto de Partidas 3, 23, 18.
- (126) Ulpiano, en Digesto 49, 1, 13 "et si quidem, cum maiorem iudicem appellare deberet, ita erraverit, ut minorem appellet, error ei nocebit; si vero iudicem provocabit, error ei nihil aberit".
- (127) La glosa había interpretado los términos ulpianos de "iudex maior" y "minor" como aquellos respectivamente de grado superior e inferior al juez - de apelación competente (Gl. accursiana, gl. ut minorem, ad D. 49, 1, 1, 3 de appell., l. appellandi si quis). Y había explicado la diversa consideración de las consecuencias del error en la elección de grado acudiendo a los conceptos ulpianos de error de hecho y error de derecho expresados en D. 22, 6, 8, por los cuales el error de hecho se asimilaba a la elección de juez "maior" y no perjudicaba la validez y sin embargo el error - de derecho asimilado a la elección del "minor" anulaba la apelación (Ap. accursiano. gl. ei nocebit, ad D. 49, 1, 1, 3 de appell., l. appellandi - si quis; Placentino, glosas ad D. 49, 1, 1, 3 de appell., l. appellandi - si quis - y demás glosas citadas por Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, pp. 110-112).
- (128) Partidas 3, 23, 18 in fine. Sigue al pie de la letra el Espéculo 5, 14, - 13, y parece que ambos textos tienen un precedente casi literal en el Doctrinal, 6, 1, 17.

- (129) "... et cognoscet previa remissione de appellatione proximus ad quem erat appellandum..." en palabras de la Peregrina, voz *appel.* 6. q. a fol. 46. Este mecanismo de remisión al tribunal competente, necesario para hacer viable la apelación errática pero válida, se convirtió en una realidad del mundo procesal, como se refleja en varias obras doctrinales. Domínguez Vicente en su "Ilustración a la Curia Filipica", Madrid 1.790, T. 1, p. 5 c. 6, n. 9, p. 419, dice que si erróneamente se apela a la Chancillería - en vez de al Cabildo, aquella "remitirá la causa al Regimiento por no pertenecerles...". Escriche nos ofrece la fórmula de la providencia que remite la apelación al juez competente "Acuda esta parte a donde corresponda" Joaquín Escriche "Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense" Valencia 1.838, voz apelación. Sin embargo, Castillo de Bovadilla, planteándose la validez de la apelación interpuesta a "*iudicem maiorem*", concretamente el caso de interposición ante la Chancillería en vez del Regimiento, mantiene la invalidez de apelación, invocando la ley de la Recopilación 4, 18, 7 que prohibía taxativamente apelar a la Chancillería cuando correspondía hacerlo al Regimiento: "Y assi, haviendo defecto de jurisdicción en los Superiores, y siendo notoriamente incompetentes y atribuyéndose la jurisdicción a los Regimientos, el error de apelar ante los Superiores, no excusaría...". Una precoz visión para un hombre del Antiguo Régimen, de un concepto claro de competencia jerárquica.
- (130) Esta fórmula supondría la invalidez de las apelaciones interjurisdiccionales, y la defensa de la jurisdicción real frente a intromisiones de otras jurisdicciones, problemas sobre el que volveremos mas tarde.
- (131) El "Teatro de la Legislación Universal" todavía recoge la ley de Partidas 3, 23, 17. Escriche en 1.838, escribe "La apelación debe hacerse ante el juez inmediato en grado... mas si uno por error apelar a juez superior - pero no inmediato, o a juez igual valdrá la apelación..." (Diccionario, - voz *apel.*).
- (132) LEC. de 1.881, art. 61, "En ningún caso podrán someterse las partes expresa ni tácitamente, para el recurso de apelación a juez o Tribunal diferente de aquel a quien esté subordinado el que haya conocido en primera instancia". También, art. 60.
- (133) "Otro si es a saber, que cinco cosas son que embargan los derechos escritos. La primera la costumbre usada, que es llamada consuetudo en latin, si es razonable. La segunda es postura, que hayan las partes puesto entre si..." Leyes del Estilo, 238. Sobre la valoración hizo la glosa de la costumbre en el proceso de su época, véase Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, p. 203.
- (134) Partidas 1, 2, 6 sobre la costumbre: "E aun ha poderio muy grande que puede de tirar las leyes antiguas, que fuesen fechas antes que ella".
- (135) "Et non tenet consuetudo appellandi ad parem vel minorem: quia esset contra naturam appellationis..." dice Gregorio López en sus glosas a Partidas 3, 23, 1. También Scaccia en su "Tractatus de Appellationibus" q. 2, cap. 1, nos. 5-14, p. 4, "...consuetudo non potest tollere substantialia et salvare actum... de substantia appellationis est, ut appelletur ad maiorem... quia cum minor non possit contra maiorem, appellatio ad minorem serviet de vento.



- (136) Castillo de Bovadilla en su "Política", afirma la capacidad de la costumbre para prorrogar la jurisdicción de la eplación; "Lo primero, porque la costumbre tiene autoridad y potestad de príncipe, y fuerza de Ley. Lo segundo, porque la costumbre da y concede jurisdicción aún al que no la tiene..." y sigue dando hasta seis razones, (Política, T. 3, lib. 3, p. 199).
- (137) "Quero: nunquid per statum civitatis possit removeri appellatio... dicitur quod non... quod iste cause appellationum sunt mixti imperii... et de iure... non possunt populi statuere..." Bonifacio, glosa a Peregrina fo. - 44v.
- (138) "Idque jure optimo quoniam ius publicum quod maxime in distributione jurisdictionis versatur, et dispositione ordinis monarchici non debent esse subjectus privatorum voluntati et libidini...", Carleval en "Tractatus de Iudiciis..." T. I, disput. II, nº 1.226, p. 264. Y en el mismo sentido - Castillo de Bovadilla en "Política..." T. 2, lib. 3, Cap. 8, p. 211 "... porque no pueden derogar el derecho público, ni prorrogar el orden..."
- (139) "... in causis appellationum non admittitur prorrogatio... (dicit) Baldus, quod causae appellationis sint meri, aut saltem mixti imperii, quae imperia prorrogari non possunt..." Carleval "Tractatus de Iudiciis..." Tit. - 1, disput II, sectio V, nos. 1.224-1.225 p. 263. También Azevedo en glosa a Recopilación 4, 18, 7 "Commentarii..." (p. 454) y Castillo de Bovadilla en su "Política...", T. 2, Lib. 3, Lap. 8, p. 198 y 211.
- (140) Sobre los orígenes y desarrollo de la apelación omisso medio en la ciencia canónica, y su adopción por el derecho castellano, véase el libro de Gustavo Villapalos "Los Recursos contra los actos de Gobierno...", pp. - 215-221.
- (141) Decreto 2, VI, 6.
- (142) Sobre el uso alternativo de simple querrela y apelación omisso medio también Villapalos, op. cit., en nota 21.
- (143) Hostiense, en "Secundum Decretalium Librum Commentaria", T. 2, "De Appellationibus", ed. Venecia, 1.591, c. 38, fol. 180, citado por Villapalos - "Los Recursos..." p. 216.
- (144) Gregorio López en sus glosas a Partidas 3, 23, 18, tomando la teoría del Hostiense nos dice: "... quod licet sit dominus mundi non patit in preiudicium inferiorum ordinariorum et laborem litigatorum ad se omissis mediis appellari...", y como "ordinario de todos", "... recurrerent ad eum velut ad patrem...". Y Van-Spen: "quod Romanus Pontifex sit Ordinarius ordinariorum, sive auctoritatem Episcopalem habeat immediatam in omnes ecclesias particulares...", Zegero Bernardo van Spen, "Jus Ecclesiasticum Universum" Madrid 1.778, Tomo 2, pvs. 3, tit. 10, cap. 2, nº 5, p. 179.

- 145) R. Gibert cita en su "Manual de Historia del Derecho Español" p. 108 una apelación de Jaime I de Aragón al Papa, luego no sólo se dio en Castilla, sino también en otros reinos hispánicos.
- 146) Margarita de los Pleitos 20, 11 y obras como la Peregrina, voz apel. 4, - q.c. fo. 326.
- 147) Van Spen, "Jus Ecclesiasticum..." T. 2, p. 3, tit. 10, Cap. 2, nº 5, p. - 179: "Hoc recognitum est in Hispania in concordato inter Apostolicam se - dem Regemque nostrum Catholicum anno 1.753", y Dou y Bassals, en "Institu - ciones del Derecho Público General de España con noticia particular de Ca - taluña", Madrid 1.802, T. 6, Art. 3, nº 16, p. 334; Librería de Jueces, = Tomo II, cap. 5, p. 191.
- 148) Cortes de Toledo 1.525, pet. 23 y pet. 65, C.L.C., T. 4, p. 416-417 y p. = 440; Cortes de Madrid 1.528 pet. 71. C.L.C. T. 4, p. 480; Cortes de Valla - dolid 1.537 pet. 47, C.L.C. T. 4, p. 650; Cortes de Madrid 1.551 / pet. - 70, C.L.C., T. 5, p. 531.
- 149) Cortes de Madrid 1.528, pet. 71, C.L.C., T. 4, p. 480.
- 150) Cortes de Valladolid 1.537, pet. 47, C.L.C. T. 4, p. 650. Piden dos prela - dos para tener uno "aquende" y otro "allende los puertos". En las Cortes = de Madrid de 1.551 se pedían tres, uno para Burgos, otro para León y otro para Oviedo. La demanda de delegados pontificios aumenta a lo largo del - siglo, pues las Cortes de Toledo de 1.525 sólo pedían "un juez perpetuo - puesto por su Santidad para no tener que apelar a Roma".
- 151) Hay que señalar también que el Derecho Canónico no sólo conocía la apela - ción "omisso medio" como recurso únicamente interponible ante el Supremo = Pontífice, sino que también se daba en los grados de jurisdicción interme - dios, especialmente en los recursos al Arzobispo sin pasar por el Metropo - litano, práctica abusiva que se generalizó desde muy temprano y que vano = se prohibió también desde muy pronto (Bula de Inocencio IV en 1.245 cita - da por Morel "Le recurs..." p. 53). A pesar de la prohibición en la prác - tica se siguió utilizando el recurso, hasta por lo menos finales del si - glo XVIII, como nos dan noticias autores como Elizondo ("Practicas..." 1, p. 327) y en la Librería de Jueces (T. 2, cap. 5, p. 191), y en el "Tea - tro" se recoge una carta acordada del Consejo de 1.726 que prohíbe otra - vez las apelaciones canónicas omisso medio (Reales Resoluciones no Recopi - las, "Teatro de Legislación Universal", T. 3, voz apel, p. 495).
- 152) Sobre la reelaboración de la glosa en este tema véase Padoa Schioppa "Ri - cherche..." T. 2, pp. 190 y sig.
- 153) Villapalos "Los Recursos..." p. 217.
- 154) Partidas 3, 23, 18; Espéculo 5, 14, 14 y Dotrinal 6, 1, 17. Los tres tex - tos son casi idénticos, sólo que el del Espéculo es más extenso.

- (155) Para Gregorio López, así como el Papa es ordinario de todos sus fieles, - el Rey "est ordinarius cunctorum suorum subditorum, ut probabit ibi ("ha= señorio sobre todos"...)", Glosas a Partidas 3, 23, 18. El Espéculo 5, - 14, 13: "E esto es porque el rey a señorio sobre todos los otros juzgado= res, ca son puestos por su mano, e puede juzgar a ellos, quanto más puede juzgar aquella alzada".
- (156) Espéculo 5, 14, 13, después de establecer la apelación directa al Rey: "E esto mismo es segunt el fuero de los clérigos en los pleitos de Santa - Iglesia, que pueden alzarse al Papa, dexando en medio los otros juzgado - res".
- (157) Carleval, siguiendo a Barbosa, hace una excepción a la improrrogabilidad= de la jurisdicción en la apelación: "admittendam prorogationem in causa= appellationis, si contingere potuerit litigatores appellare ad verum supe= riorem iudicis a quo. Exempli gratia, si quis contra regular iuris civi - lis omisso medio appellaret ad supremum iudicem...", "Tractatus de iudi= ciis" tit. 1, disp. 2, sect. 2, n° 1.227, p. 264.
- (158) Durante en su "Speculum Iuris", distingue dos clases de jurisdicción: - "alia est plena, alia vero semiplena: plena in solo Principe consistit..." (citado por Azevedo, Alonso en "Comentarii..." T. 2, glosa a Recopilación lib. 4, tit. 1, ley 1, p. 3).
- (159) Consignado en las principales fuentes bajomedievales: Partidas 3, 23, 18; Espéculo 5, 14, 13; Ordenamiento de Alcalá 27, 3; Fuero Real 2, 13, 3, 4, 5 y 6 Leyes del Estilo 162, etc. Sobre este tema ver también a Sánchez Ar= cilla "La administración de justicia..." pp. 73-105.
- (160) "Jus divinum Regibus supremam hac potestatem et jurisdictionem concessis= se... non enim potest haec suprema jurisdictio magis a rege separari..." Azevedo glosas a Recop. 4, 1, 1, p. 3. El término "Jurisdicción Suprema"= también lo recoge la Recopilación 4, 1, 1.
- (161) Villapalos "Los recursos..." p. 220-21.
- (162) Aproximadamente a partir de 1.389 (Ordenanza de Segovia) según Sánchez Ar= cilla el Consejo Real de Castilla queda constituido como se desarrollará= en el siglo XV, y el Rey delegará en él las apelaciones que le lleguen - omisso medio. Para el desarrollo del Consejo como órgano con funciones - jurisdiccionales véase Sánchez Arcilla "La administración..." pp. 607- - 608.
- (163) Sobre este tema volveremos más adelante.
- (164) Ante la presión que sobre él ejercen los procuradores de las Cortes de Pa= lenzuela 1.425, Zamora 1.432, Madrid 1.435, sobre los problemas suscita - dos por la ocupación de ciertos territorios de realengo por "señores pode=

rosos", el Rey responde que mandará pesquisidores que resuelvan por procedimiento sumario y que "... de la tal definitiva (sentencia) pueda ser - apellado dellos para ante mi e non para mi audiencia e chancilleria..." - (Cortes de Madrid 1.435, pet. 5, C.L.C., T. 3, pp. 203-4).

165) En el caso que describíamos en la nota anterior el rey sigue diciendo "... e yo lo entiendo cometer a persona fiable e sin sospecha, rremota toda - apelacion, quelo vea e libre en grado dela dicha apelacion, porque se - guarde e faga lo que sea justicia..." (Cortes de Madrid 1.435, pet. 5, - C.L.C., T. 3 p. 204).

166) Otro caso que repetidamente denuncian los procuradores en Cortes en el s. XV (Palenzuela 1.425, pet. 32; Zamora 1.432, pet. 13; Madrigal 1.438, - pet. 13 y 53; Toledo 1.436, pet. 2) sobre los abusos de los recaudadores de impuestos locales, termina avocado en el Consejo en 1.440 (Cortes de - Valladolid de 1.440, C.L.C., pet. 11, T. 3, p. 387).

167) Aún en el s. XVIII, el Conde de la Cañada nos asegura que "De estas facultades he visto usar algunas veces, pero siempre con previa y detenida inspección que asegure la utilidad de traer al Consejo la causa..." "Instituciones Practicas..." T. 1, Pars. 2, Cap. 2, nos. 79-83, pp. 263-65. Y la "Librería de Jueces": "... pero si se acudiese al Consejo de Castilla, puede esta Suprema Superioridad, si quiere, admitir el recurso de apelación, sin que haya por Audiencia, ni Chancilleria del Reyno..." T. 2, - Cap. 5, p. 191.

168) Cortes de Valladolid 1.325, pet. 19, C.L.C., p. 382. También se mencionan "Las tierras de órdenes e delos abadengues..."

169) "Alo que me pedieron que sopiese la nuestra merced que algunos grandes - omes delos nuestros rregnos que non dexava husuar la nuestra juredición e sennorio rreal en sus lugares, deziendo que nos nin la nuestra justicia - que non tenemos que beer con ello asy como ellos dizien..." Cortes de Toledo 1.371 pet. 5, C.L.C. T. 11, p. 205.

170) Cortes de Burgos 1.379, pet. 14, C.L.C. pp. 282-83.

171) "... fieren e matan e encarcelan e despechan alos que apellan para ante - nos, e se vienen a querellar..." dicen las Cortes de Guadalajara de 1.390, pet. 9, C.L.C., T. 2, pp. 430-431.

172) Pet. 9, C.L.C. T. 2 pp. 430-31.

173) En este mismo cuaderno de peticiones se recuerda la disposición de Enrique II en 1.379: "...queriendo templar el rigor dela dicha ley... (para hacerles a los señores)... gracia y merced..." Y Gutiérrez escribirá más tarde "Itaque concessa dicta pragmatica de Guadalaxara in favorem dominum lata..." Juan Gutiérrez, "Opera Omnia: Tomus primos, Practicarum Questio-

- num Civilum", Lion 1.730, lib. 1, q. 42, p. 57.
- (174) Cortes de Ocaña, 1.442, pet. 14, C.L.C. T. 3, p. 44; Cortes de Valladolid 1.442, pet. 27, C.L.C. T. 3, p. 429.
- (175) "... ante vuestra merçet nin corte nin chançelleria non viene pleyto de ninguna çcibdad ni villa de sennorio...", Cortes de Valladolid 1.442, pet. 27, C.L.C. T. 3, p. 429.
- (176) Cortes de Ocaña 1.422, pet. 14, C.L.C. T. 3, p. 44.
- (177) Según Sánchez-Arcilla, la vía directa al rey se extendió en el s. XV como remedio jurisdiccional al bloque de justicia existente en los señoríos. - "La administración de justicia...", p. 93 y sig.
- (178) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 14.
- (179) Recopilación 4, 1, 1.
- (180) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 10.
- (181) Recopilación 4, 18, 14.
- (182) Novísima Recopilación 11, 20, 7.
- (183) Castillo de Bovadilla dice "aunque la dicha ley no parece estar puesta en la nueva Recopilación de las Leyes, ni averse impreso, toda vía está recibida entre los doctores por ley..." Política, T. 1, lib. 2, cap. 16, p. 461. Bonifacio la recoge "... sit appellandum primo ad dominum loci et postea ad regem..." Glosas a Peregrina, "omissis mediis", fo. 46. Y Covarrubias "... nobiles habentes jurisdictionem in aliquo oppido, ius itidem haberse cognoscendi de causis appellacionem...", "Practicarum Quaestiones", cap. 4, nº 6, p. 510.
- (184) El Doctor Azevedo: "Principi reservatum est appellationis cognitio a sententiis dominorum, vel suorum iudicum per partes gravatas interpositas ad Regem ipsum, vel Chancillerias ejus, vetari enim hoc per dominos ipsos non potest..." "Comentarii..." T. 2, p. 7; glosa a Recopilación 4, 1, 1. - Y Castillo explica esta glosa: "El Doctor Azevedo quiso decir que la dicha ley de Guadalajara no se deve guardar por no estar recopilada..." Política, T. 1, lib. 2, cap. 16, p. 461.
- (185) Para Castillo de Bovadilla a la ley de Recopilación 4, 18, 14, que establece apelaciones para los Concejos, no se aplica en el caso de los señoríos porque "regularmente no se practica, porque se apela para ante los Alcaldes Mayores que los señores tienen en sus pueblos..." y su aplicación supondría "privar a los Señores de la jurisdicción... lo cual no se presume que haya sentido la dicha ley..." Política, T. 2, lib. 3, cap. 8, p. 219.

- 186) Bonifacio en sus glosas a la Peregrina, "Omisso mediis" fo. 46.
- 187) "... procedit accumulative, ut possit appellari ad dominum vel ad Regem, = non vero privative... Si gravati malverint ad Regem ejusque curias rege - las appellare, quam ad dominus et ita practicatur..." Gutiérrez "Practica - rum Quaestiones..." Lib. 1, q. 42, p. 57.
- 188) Así lo describe Castillo de Bovadilla en Política 1, 2, 16 (p. 460). Y en términos parecidos, Hevia Bolaños en "Curia Filipica", Madrid 1.684, parte V, parr. 1, nº 9, p. 183. Sin embargo, el artífice de la fundamenta - ción jurídica fue Covarrubias, quien expuso siguiendo a Bartolo, que de - las sentencias del subdelegado (en este caso el Alcalde Mayor del Señor) = no se apelaba al delegado (el Señor, delegado del mero y mixto imperio de la jurisdicción real) sino ante el primer delegante (el Rey): "Ubi domi - nus causam aliquam appellationis cognoscendam expressim, et specialiter - alteri delegaverit: ab ea delegato, ad Regem ipsum, non ad dominum nec ad ajus appellationum iudices, appellandum est..."
- La razón de esto consistía en que de ser de otra manera el delegado podía cometer sus causas cada vez a un subdelegado para ser él juez de segunda = instancia, y bloquear así, fraudulentamente la vía de apelación hacia su superior: "... quod a sententia delegati appellatur ad delegantem immedia - tum; nec tamen jus commune permittit, quod inferior habens iurisdictionem limitatam, quod primam causarum cognitionem, et alter; quo ad jus appella - tionis subditum, possit delegare semel, vel pluris, ut cognoscat de una - vel pluribus causi appellationis, frustrando superiorem jure suo: quia - hoc esset in fraudem appellationis ad superior devolvendae..." "Practica - rum Quaestiones", cap. 4, nº 8, pp. 511-12.
- (189) Para Covarrubias en este caso en juez no era elegido stricto sensu por el señor, sino sólo confirmado, "quod non sit omnino idem tribunal domini et magistratum popularium, cum hi non constituentur libere a domino, sed tan - tum ad eo confirmetur... Quamvis iudices ordinarii, a populo electi et a domino confirmati, ab eodem domino confirmante iurisdictionem habeant, et accipiant...", "Practicarum Quaestiones", cap. 4, nº 6, p. 510.
- (190) Castillo, Política T. 1, lib. 2, cap. 16, p. 416, aunque añade que "... - en las Chancillerías se revocan siempre sus sentencias (las de segunda - instancia del señor) por defecto de jurisdicción no embargante que sean - justas".
- (191) Desde la citada pragmática de Guadalajara de 1.390.
- (192) Si no, se explica la ley de las Cortes de Ocaña de 1.442, tantas veces ci - tada, y recogida en las tres recopilaciones.
- (193) Castillo de Bovadilla, al establecer la prioridad de la jurisdicción seño - rial sobre la real de los concejos en cuanto a apelaciones de señorío -

(véase la nota nº 185) añade "... pero podrá mucho la costumbre, si en es te caso la huviessse, como he entendido que la hay en algunas partes..." - Política T. 2, lib. 4, cap. 8, p. 219.

- (194) "... para ante Nos en nuestras Audiencias". Recopilación 4, 1, 1.
- (195) "... que siendo la apelación un recurso legítimo se habrá de interponer,= ordenar y proseguir en los precisos términos y por todos los trámites sucesivos que las leyes previenen..." "Teatro..." T. 3, voz apel., p. 448.
- (196) "... que no estando este recurso limitado por las leyes a cierto y determinado género de causas..., quedando las partes privadas de este auxilio= únicamente en los casos de sentirse agraviadas por auto interlocutorio, - que ni tiene fuerza de definitivo, ni causa perjuicio irreparable...". - "Teatro..." T. 3, voz apel., p. 449. Sobre el objeto y límites de la apelación véase el capítulo 2º de este trabajo.
- (197) Partidas 3, 23 proemio.
- (198) "... de todos los juzgadores pueden facer alzadas..." Especulo 5, 14, 11, Partidas 3, 23, 17, Doctrinal 6, 1, 16, etc...
- (199) Partidas 3, 4, 1. Y el Espéculo 5, 14, 11 "... que son puestos para libar pleitos señalados..." También el Doctrinal 6, 1, 16.
- (200) Desde una fuente tan antigua como el Libro de Tubinga: "ordinarii sunt de cuius iudiciaria, id est potestate, sunt ipsi a quibus aliquid petitur: - extraordinarii sunt de cuius iudiciaria accusati non sunt" (cap. 127, ed. MOR "Scritti giuridichi preirneriani", T. 1, p. 223-25 - citado por Padua Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 8-9). Y las Expositiones Nominum Legum "Qui ex propria iurisdictione id habet iudex ordinarius dicitur, qui= ex delegate, delegatus iudex, et extraordinarius dicitur..." p. 88.
- (201) El concepto de jurisdicción ordinaria siempre está basado en la idea de - la permanencia del oficio: "... ordinarios... homes que son puestos ordenadamente para facer su oficio sobre aquellos que han de judgar cada unos en los logares que tienen" (Partidas 3, 4, 1) y en la idea de legalidad - "... los jueces dados por constitución de Ley... son jueces ordinarios..." Castillo de Bovadilla, "Politica..." T. 2, lib. 3, cap. 8, p. 215.
- (202) Sobre el papel de la jurisdicción delegada véase para la Baja Edad Media, Sánchez-Arcilla "La administración de justicia..." y en la Edad Moderna - el célebre trabajo de Otro Hintze sobre "El Comisario en la Historia de - la Administración" en "Historia de las formas políticas". Trad. española= de J. Díaz García, Madrid 1.968.
- (203) Este tema lo desarrolla minuciosamente Padua Schioppa en su "Richerche..." T. 2, pp. 116-123, al que nos remitimos.

- (204) Vid. Padua Schioppa, loc. cit. en nota anterior.
- (205) Digesto 49, 3, 1, 1, <sup>o</sup>Ulpiano 1, de appel.
- (206) Codex 7, 62, 3.
- (207) Las Flores del Derecho recogen este criterio general: "Aquel que se agravare de sua sentencia deve appellar por aquel que gelo dio por juez...". Flores 3, 2, 7. También El Dotrinal 6, 1, 19 y las Leyes Nuevas (ed. R.A. H., p. 204):
- (208) Esta distinción entre delegaciones "ad unam causam" y "ad universitatem - causarum" fue obra de Alberico, (recogida por la glosa accursiana ab eo, = ad D. 49, 3, 1, 1, quis a quo appell., l. quod, ab eo, citada por Schioppa, p. 118, nota 24) y tenía importancia porque el primer caso consistía en la comisión singular de una causa, mientras que el segundo era una cesión total de jurisdicción. Entre nuestras fuentes, la Margarita de los Pleitos distingue entre "juez general de todos sus pleitos" y "juez en este mesmo pleito", Margarita 20, 12.
- (209) Nuestras fuentes también recogieron esta solución: "... quese alçare al juez ordinario et no a aquel que gelo mando oyr" dice el Dotrinal 6, 1, - 19. Y la Peregrina "Sed a sententia subdelegati a iudicis ordinarii delegato qui post lite coram eo contestata subdelegare, nom ad delegatum: sed ad delegantes appellatur", folio 45v.
- (210) Así lo recogen también el Espéculo y las Partidas con respecto del delegado real, a quien vienen las apelaciones de las delegaciones que encargó - (Espéculo 5, 14, 15; Partidas 3, 23, 21). Sin embargo, curiosamente, la Margarita de los Pleitos es ajena a esta regla: "... si el juez dado el principe fiziere a ti juez en alguna cosa del pleito que es enbiado del principe, si de ti fuere apellado, la apelacion non deve seer fecha a ese juez dado del principe, mas al principe será fecha del cual el poder tiene". Margarita 20, 13.
- (211) Muy probablemente a través del Dotrinal y las Flores del Derecho - véanse las notas anteriores.
- (212) "ad solum principe" dirá la Peregrina (fo. 45v). Y las Partidas "debe tomar alzada del al empereador o al rey..." Partida 3, 23, 21 siguiendo al Espéculo 5, 14, 15 y al Dotrinal 6, 1, cap. 18 y 19.
- (213) Partidas 3, 23, 21; Espéculo 5, 14, 15.
- (214) Una conclusión de Juan Bassiano. Padoa Schioppa, op. cit., p. 123, cita una glosa del aparato azoniano muy representativa: "ordinarium tantum vel quasi ordinarium ut delegatum a principe..." gl. ad. D. 49, 1, 1, 3 de - appel. 1, appellandi & si quis. Y Montalvo comentando el Fuero Real, siguiendo a Bartolo: "equiparatur enim mandatum generale, jurisdictioni or



dinarie... quando princeps dat iurisdictionem generalitter, videtur facere ordinariam, illi cui datur...". Glosas a Fuero Real, 1, 7, 2.

- (215) La delegación de la "universam iurisdictionem" suponía la pérdida de la - jurisdicción de apelación. Padoa Schioppa, officit., p. 119.
- (216) "Et los alcalles que fueren puestos por el rey, non metan otros en su lugar que judguen..." Fuero Real 1, 7, 2; Y Montalvo en sus glosas al Fuero Real 1, 7, 2: "ordinarius non potest iurisdictionem suam alteri committere..." También Espéculo 4, 3, 21: "... non deven poner otros en su lugar", estableciendo nulidad de sus sentencias en caso contrario.
- (217) Fuero Real 1, 7, 2. Espéculo 4, 3, 22.
- (218) El Dotrinal 1, 3, 2. El Fuero Real 1, 7, 11 que añade también por mandato "... de concejo, o a bodas suyas o de algún pariente o deban ir, o por - otra escusa derecha...".
- (219) Dotrinal 1, 3, 2.
- (220) Dotrinal 1, 3, 2, señala causas inferiores a 300 maravedis. "Leves tamen= causas potest committere: etiam si impeditus non sit" explica Montalvo en su glosa al Fuero Real 1, 7, 2.
- (221) El Espéculo advierte que el delegado no puede traspasar el ámbito de su - delegación: "... que no pasen a más, nin fagan otra coas sinon quanto les mandare..." Espéculo 4, 2, 10. Y la Peregrina: "Nec excedat delegatus terminos sue commissionis alias causas..." fo. 266; sobre lo cual Bonifacio= pone el ejemplo de que la delegación de una causa de propiedad no supone= que el delegado pueda entrar a conocer sobre la posesión, a no ser que - conste expresamente. Glosa a Peregrina fo. 266v. Finalmente también Partidas 3, 4, 19.
- (222) El Espéculo 4, 3, 21 "... non pueden juzgar pleito de justicia de muerte, nin de lision. El Dotrinal 1, 3, 2 señala todos aquellos delitos castigados con la pena de muerte, mutilación y destierro.
- (223) Espéculo 4, 3, 19 y Fuero Real 1, 7, 2: "ome bono que sea para ello, a ju re que faga derecho".
- (224) "... que non pueden poner otros en su lugar en ninguna manera" Espéculo - 4, 3, 20.
- (225) Expresión el Dotrinal 1, 3, 1. También el Espéculo 5, 14, 15 y las Partidas.
- (226) Partidas 3, 23. Espéculo 5, 14, 15; Dotrinal 6, 1, 19. "... a sentencia - subdelegato qui post lite coram eo contestata subdelegare non ad delega -

tum, sed ad delegantem appellatur..." Peregrina fo. 45v.

- (227) Otto Hintze "El Comisario en la historia de la administración", p.
- (228) Partidas 3, 23, 20.
- (229) Sobre la evolución del Consejo Real en los siglos XIV y XV, y su función como instrumento político-judicial para una centralización gradual del poder real, véase Sánchez Arcilla "La Administración de justicia...". Sobre el Consejo, puede verse el resumen de la tesis de Salustiano de Dios, "El Consejo Real de Castilla (1.385-1.522)", publicada por la Universidad de Salamanca, 1.981.
- (230) Si en la Baja Edad Media el Consejo aparece como sede judicial del rey, - por la ficción que Villapalos describe de venir los pleitos "ante el Rey" en el Consejo ("Los Recursos..." p. 160), a finales del siglo XVI, el Consejo ya se presenta como órgano de justicia independiente, juzgando "con la suprema Real Jurisdicción, entra y sale de los negocios según le parece..." (Castillo de Bovadilla, "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 236, p. 703-4).
- (231) "... siendo Delegado se apelare del para el Consejo, de donde emana la comisión..." Castillo, Política, T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 231, p. 663. No era un fenómeno privativo del Consejo Real de Castilla, pues Castillo de Bovadilla nos indica también que las apelaciones de "Pesquisidores de Ordenes" iban a su vez al Consejo de Ordenes, "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 237, p. 70.
- (232) Ordenanzas de Medina del Campo dadas por los Reyes Católicos en 1.489, - "Libro de Bulas y Pragmáticas...", fols. 49-49v... "Las apelaciones de las residencias e de las cartas esecutorias que del nuestro consejo emanan sobre cosas vistas ante el consejo o de las pesquisas e pesquisidores que fueren por nuestro mandato o de los del nuestro consejo...".
- (233) Ordenanzas de Medina del Campo 1.489, "Libro de Bulas y Pragmáticas", - fols. 49-49v.
- (234) Cap. 2º de las Ordenanzas de Medina del Campo de 1.489 recogido en la Recopilación 2, 5, 12; y la Ley 18 dada por los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1.480 recogida en la Recopilación 2, 4, 20.
- (235) Cédula de 14 de mayo de 1.566 dada por Felipe II en Madrid y recogida en la Recopilación 3, 2, 43, cap. 8 y también en la Novísima 5, 4, 41, Cap. 8.
- (236) Castillo, Política T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 236, p. 703-4. Añade también que las apelaciones de causas criminales cometidas a pesquisidores o relativas a jueces se remiten a los Alcaldes de Corte.

- (237) Elizondo, "Practica..." T. 1, pp. 168-69. La Sala de Gobierno era competente para los asuntos de jurisdicción regia, mientras que la Sala de Justicia lo era para pleitos entre partes y los recursos llamados de las "Mil y Quinientas Doblas".
- (238) Después de la Guerra de Sucesión, y la posterior confiscación de bienes - "a diferentes títulos de Castilla i otras personas que se hayan ausentes= con los enemigos..." se da un Auto Acordado en 1.711 en el cual se dice - que: "De los autos, i sentencias de los señores del Consejo en Sala de Gobierno que tienen comisiones de su magestad para la protección de bienes confiscados, deven venir las apelaciones a la Sala de Gobierno, i no a la Justicia, sino en caso de proceder con especial cédula de su Magestad". - (Colección de Autos Acordados, Auto 4, tit. 18, lib. 4; El Consejo en Madrid a 14 de noviembre de 1.771; Tomo 3, p. 19-20).
- (239) "... apelando alguna de las partes, el pleito se acaba con la primera sentencia que el Consejo diere, confirmando o revocando la del Comisario del Consejo...", dice un Auto Acordado de 1.588, lo que puede dar lugar a pensar que ni siquiera cabía suplicación. (Colección de Autos Acordados, - Auto 7, tit. 4, lib. 2; el Consejo en Madrid a 1 de junio de 1.588; Tomo= 3, p. 70; y también Auto 26, tit. 4, lib. 2; el Consejo en Madrid a 25 de Octubre de 1.619 y a 10 de septiembre de 1.621; Tomo 3, p. 77).
- (240) Véase Schioppa "Richerche..." T. 11, pp. 123-125, y la voz "Appellatione= Remota", de Amanieu en "Dictionnaire de droit canonique", T. 1 (1.935).
- (241) Schioppa "Richerche..." T. 2, p. 124, cita una quaestio Sabbatina de Pili (Quaest. Sab. nº 83): "principes causam delegavit sine remedio appellationis", las Partidas recogen también esta exclusión de la apelación: - "et aun decimos que quando el rey manda á algunos que libren pleytos señalados de manera que ninguna de las partes non se pueda alzar del juicio - que ellos dieren..." Partidas 3, 23, 13). También texto del Espéculo 5, - 14, 11 Doctrinal 6, 1, 12 y Flores del Derecho (3, 2, 5).
- (242) "Por la cláusula appellatione remota se excluye solo aquella que el Derecho no concede expresamente" Innocencio III, en Decretales 2, 2-8, 53 - (Recogido por el "Teatro..." T. 3, p. 459). Y Durante en el "Speculum Iuris": "... si in rescripto remota sit appellatio, iudex non tenetur illi= appellatione deferre, nisi sit interposita ex causa in iure expressa...", "Speculum Iuris", Lion 1.578, lib. 11, Partic. 111, 6 in quibus nº 32, - fo. 199v.
- (243) Flores del Derecho 3, 2, 5, única fuente castellana que se refiere a la - concesión expresa de la cláusula.
- (244) Decretales 2, 28, 71, Gregorio IX en 1.235.
- (245) Partidas 3, 23, 13 in fine. En términos casi literales Espéculo 5, 14, 11

y Doctrinal 6, 1, 12. Y la Peregrina "... vel si principis committat causam appellatione remota quod ipse dumtaxat potest facere" fo. 44v. Esta restricción ya había sido extensamente comentada por los glosadores: "solus princeps hoc potest facere et alius non..." ("Ordo Invocato", de Benci - venne de Siena & 29, fuente que cita entre otras Padua Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 123).

- (246) Los glosadores ya se plantearon este tema, resolviéndolo negativamente a la vista de una decretal de Alejandro III (Comp. 1, 2, 20, 10 = c.10 super eo, X2, 28 de appell, citada por Padua Schioppa, op. cit. p. 124, nota 44). Entre nuestra literatura jurídica, Salgado Somoza se ocupa también del tema "... si duo sunt Principe iudices delegati cum clausula (appellatione remota) et unus impeditus sub-delegaret causam, nam cum generaliter in subdelegatum non transferatur clausula...", "Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appellantium", Pars. 24, Cap. 7, nº 29, p. 214.
- (247) "... appellatio vero defensio est non juris naturalis, sed humani et positivi: atque ideo poterit a principe tolli..." Covarrubias, en "Practica - rum..." cap. 23, nº 6, p. 604.
- (248) El poder de dispensar el derecho tiene como límite siempre el derecho natural. "Non negamus a lege humana, vel privilegio principis appellatio - nem, et jus appellandi tolli posse... posse principem appellationem tollere...", "Practicarum Quaestiones", Cap. 23, nº 6, pp. 604-605. Mientras que sin embargo la citación jamás puede ser dispensada por el principe, - pues pertenece al derecho natural "... citationem a principe tolli non posse qui ea est naturalis defensio, ac jure naturali instituta...", op. cit. 23, nº 6, p. 605.
- (249) También palabras de Covarrubias en "Pract. Quaest", cap. 23, nº 6, p. 604-605.
- (250) "... sententia tam interlocutoria, quam diffinitiva: et quia militat eadem ratio". Gregorio López, glosas a Partidas 3, 23, 13.
- (251) "... tantam vim obtinere inter ipsos litigantes... non autem quoad tertium qui se liti, vel executioni opponit..." Covarrubias, "Pract. Quaest", cap. 15 nº 3, p. 563. Castillo de Bovadilla alega la igualdad entre los litigantes y el hecho de que la appellatione remota comprende a todos los litigantes... Y no obsta lo dicho de la apelación del tercero opositor - "... "Politica..." T. 2 lib. 5, cap. 2, nº 10, p. 622.
- (252) Véase las diferencias entre la glosa canonista y civilista en Padua Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 125, especialmente la nota nº 45.
- (253) Según Morel, la simple querella era la única manera de impugnar una sentencia cuando la apelación no podía emprenderse por la cláusula "appella-

tione remota", "Le recours au roi...", p. 56.

- (254) Durante establece taxativamente la ausencia de efecto suspensivo en las reclamaciones, cuando existe una "appellatione remota": "... quod si causa est appellatione remota commissa, et appelletur a sententia, appellatio non impeditur executionem..." "Speculum", lib. 2, Part. 3, n° 34, fo. - 199v.
- (255) Gregorio López, glosa a Partidas 3, 23, 13 "... quid tamen si gravamen esset notorium... non admitat appellatio, sed per via supplicationis sit adeundus princeps cogita".
- (256) Cortes de Zamora de 1.432, pet. 12 C.L.C., T. 3, pp. 128-129.
- (257) Sobre esto véase Villapalos, "Los Recursos...", pp. 157-158.
- (258) Sobre el significado de la utilización de la vía de expediente también Villapalos, op. cit., pp. 155-168.
- (259) Este carácter fue atribuido por la glosa al relacionar la apelación con los demás medios de impugnación: "... facilius debet alicui adimi privilegium sive beneficium in integrum restitutionis, quam ius commune quod est scilicet ius appellandi" glosa acursiana reformationem, ad C. 7, 69, 1 si de moment. possess., l. cum (citada por Padoa Schioppa, op. cit. p. 198, = nota 7). Frente a la restitución como privilegio de ciertas personas (Iglesia, menores, fisco) la apelación era un recurso común, pues toda persona podía utilizarlo.
- (260) Partidas 3, 23 proemio. Al relacionarlo con los demás recursos la apelación resulta ser "la más comunal a todos".
- (261) "Insuper distinguitur supplicatio ab appellatione, quod appellatio iure commune nititur... supplicatio vero iure speciali competit..." Maldonado y Pardo "Tractatus de Secunda Supplicatione", Génova 1.762, Tit. Quaestio. = 3, n° 21, p. 19.
- (262) Maldonado "Tractatus...", Tit. 1, Q. 3, n° 22, p. 19.
- (263) Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 103 nos presenta un concepto de libertad natural, ejercible siempre que la ley no lo prohíba expresamente.
- (264) "... queremos aqui mostrar de la merced que demandan los hombres a los reyes sobre los juicios que les dan de que ninguno non se pueda alzar..." - Partidas 3, 24, proemio. Con las mismas palabras el Doctrinal 6, 2, 1 y las Flores del Derecho 3, 2, 3.
- (265) Sobre la apelación extrajudicial contra los actos gravosos causados por el rey y sus oficiales, véase Villapalos, "Los Recursos..." pp. 221-236.

- (266) Morel, "Le recours au Roi..." pp. 9-49, estudia muy bien la figura de la apelación extrajudicial a través del caso de una apelación que en 1368, se planteó ante Carlos V de Francia por los señores de Gasconia contra los abusos de imposiciones fiscales exigidas por el Príncipe Negro, quien era allí gobernador por el tratado de Bretigny firmado con Inglaterra - unos años antes. Esta apelación "a gravamine" planteada ante el rey francés, tuvo un resultado político magnífico pues supuso la ruptura del tratado, y la devolución a la corona francesa de la soberanía sobre el condado gascón.
- (267) Morel, "Le recours au roi..." p. 8.
- (268) El vasallo siempre podía recurrir al superior de su señor en busca de protección después de haber pedido justicia ante el tribunal de sus pares, - según establecían los Libri Feudorum (Consuetudines Feudorum I, II, T. - XV, De milite vasallo qui contumax est - citado por Morel, op. cit. p. - 48).
- (269) Según Morel, el asunto de 1368, se intentó apoyar en el procedimiento romano-canónico hasta donde fuera posible, pues el nuevo derecho tenía tal fuerza que legitimaba en alguna medida la estrategia política. Así se acudió al libelo escrito, a la petición de apostoli testimoniales a testigos ante la imposibilidad de pedirselo al juez, a los plazos fatales, etc. Morel, op. cit. pp. 19-24.
- (270) El vasallo que se ponía bajo la protección del superior de su señor, quedaba totalmente exento de la jurisdicción de éste. Asimismo, en la apelación feudal, si ésta era estimada se privaba al juez de su oficio como castigo, según Genestal, Robert "Les origines de l'appel comme d'abus" París 1.951, p. 30 y también Fournier "Essai..." p. 160 y sig.
- (271) Scaccia "Tractatus..." Quaestio 2, art. 3, nos. 33-46, p. 7-8.
- (272) "Appellatio proprie est illa, quae fit in iudicio, provocatio, quae fit - extra iudicium" Speculum, lib. IV, Part. II, & Restat videre nº II, p. - 82.
- (273) Scaccia, loc. cit. p. 7 "dicitur in iudicio... interponitur ab acto iudiciario... quando praecessit citatio..." y "... provocatio sit extraiudicium, et in causa non coepta; unde dicitur provocatio ad causam incipiendam...". Esta identificación con la provocatio sobrevivirá hasta el siglo XVIII: "la que recae sobre cosa, aún no deducida en juicio... rigurosamente hablando, se llamarán estos recursos más bien provocaciones a la causa que ha de incoarse...". Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 100. También en el "Teatro..." T. 3, p. 449.
- (274) Esta revocación de todos los actos del juez a quo, impetrados mientras se está tramitando la apelación es una consecuencia directa del efecto devo-

lutivo de este recurso. "Appellatione pendente, sive sit recepta, sive non, iudex non debet in preiudicium appellantis aliquid innovare, nec executionem facere...". Durante, "Speculum", lib. 11, Pars. 111, & Nunc. dicamus, nº 8, T. 3 y 4, p. 206. Pues la devolución de la jurisdicción al superior, supone que el inferior no tiene ya jurisdicción para que sus actos tengan validez.

- (275) Si la judicial "... non fit nisi a iudice..." la extrajudicial "... fit - dupliciter: aliquando enim non appelletur a iudice, sed a parte extra - iudicium, aliquando a iudice sed extrajudicialiter procedente..." Scaccia, loc. cit. p. 8.
- (276) La apelación judicial "... semper interponitur ad superiorem tribunalis a quo appelletur..." pero en la extrajudicial "... interponitur etiam ipsa ad superiorem iudicis..." Scaccia, loc. cit. p. 8.
- (277) Scaccia, loc. cit. En principio, y según la doctrina canonista la petición del testimonio al ad quem era taxativa tanto en la apelación judicial como en la extrajudicial (Inocencio IV, en Sexto de Decretales, lib. 2, tit. 15, cap. 1, recogido por el "Teatro..." T. 3, p. 463), pero las dificultades prácticas que este trámite podía presentar, puesto que el responsable del agravio presente o futuro podía negarse a entregarlo, hicieron recurrir a la solución que se había dado para el caso de la imposibilidad de obtener los "apostoli testimoniales" del a quo, esto es acudir a testigos que presentes en el acto de apelación las emitiesen: "... (apostoli) testimonialis: quia testificantur de appellatione facta coram iudice, vel coram publicis, vel honestis personis" Speculum, l. 4, Part. 11 & Sequitur videre, nº 1, fo. 82v. Esta solución fue adoptada por los apelantes gascones a Carlos V de Francia, como lo relata Morel, "Le re cours au roi..." pp. 19-25
- (278) Scaccia añade después que en la judicial "sola oblatio probationis iustificat appellationem, licet probetur gravaminis", pero en la extrajudicial "sola oblatio non sufficit sed debet causa in ea expressa vere probari ...". Como veremos más adelante, efectivamente en el libelo de la apelación judicial no hace falta expresar el gravamen concreto, sino que es suficiente expresar la voluntad de apelar de la sentencia.
- (279) Según Scaccia (loc. cit.) "ratione causae de futuro qua tunc timet gravare...". Para Durante este concepto de gravamen no era realmente gravamen en sentido judicial: "valet appellatio quia sit a presenti et non a futuro gravamine... quae est de futuro, non est gravamen, sed precedentis gravaminis relevamen: gravamen autem fuit eius negatio, quod fuit petatum, a quo etiam sine praedicto verbo extensivo potest appellari..." Speculum, liv. 11, Part. 11, & Qualiter, nº 8, T. 3 y 4, fo. 203.
- (280) Speculum lib. 11, Part. 111, & Vera contumacia T. 3 y 4, fo. 218.

- (281) Speculum, lib. IV, Part. II, & Restat videre, nos. 3, 4 y 7, tomos 3 y 4, fols. 81v-82.
- (282) "Et dicit Inocencio generaliter extra iudicium post decendium appellari - posse in lis, quae non sint in figura iudicii", nos relata el Speculator= pero se manifiesta en contra de esta opinión tan elástica, afirmando que= "solum intra decendium appellari posse..." Speculum, lib. II, Par. II, & Restat videre, nº 7, T. 3 y 4, fo. 202. Bonifacio VII en el Sexto Decretales, p. 466) también recoge este plazo.
- (283) Partidas 3, 23, 22.
- (284) Los Reyes Católicos en unas cortes de Toledo de 1480 fueron los responsables de este plazo que llegaría hasta nuestros días (C.L.C. T. IV, pet. - 109, p. 183-84). Volveremos más adelante sobre los plazos.
- (285) Así lo ratifican Bonifacio, en sus glosas a la Peregrina fo. 47v; y Gregorio López en glosas a Partidas 3, 23, 22.
- (286) Así lo establecía las Clementinas 2, 12, 3. Este planteamiento suponía - que la amplitud del plazo para el recurso extrajudicial era enorme, en - contraste con los términos fatalia tan reducidos para el recurso judicial.
- (287) Villapalos en "Los recursos..." pp. 271-279, estudia a fondo la utilización de la "simple querella" en el bajo medievo castellano, y su significado dentro del elenco de los recursos.
- (288) Villapalos, op. cit. p. 275.
- (289) Para Morel ("Le recours... p. 59-60") éste era el punto cardinal entre la simple querella y la apelación.
- (290) Villapalos, op. cit. p. 276. Sólo si el juez inferior se negaba a revisar el agravio, podía el superior entrar a conocer sobre el fondo del asunto.
- (291) Villapalos, op. cit. p. 276.
- (292) El Hostiense dirá "... proponendo querelam videtur appellationem excludere, et protestando de appellando videtur querelae renunciare..." De officio iudicis ordinarii, c. 51, fo. 191 v. (citado por Morel, "Le recours - au roi..." p. 59).
- (293) La "Restitutio in integrum" en el derecho romano era concedida sólo a los menores, en la Edad Media se hizo extensiva a la Iglesia, y pronto también fue concedida al Píscopo como privilegio. Véase Castillo de Bovedilla, "Política..." T. 1, lib. 3, cap. 7, pp. 204-205.



- (294) Partidas 3, 25 proemio. Según Gregorio López en su glosa a Partidas 3, - 25, 1, la restitución podía pedirse por el menor "ad appellandum tantum,= vel ad totam causam", dependiendo de que quisiera o no que el primer juez volviese a conocer de la causa: "quando minor non vult ligitare coram primo iudice utatur isto remedio ut restitatur ad appellandum, si vero liti gare vult coram primo iudice, petat restitutionem ad totam causam...".

- (295) Partidas 3, 25, 1. Además siempre aparece en las fuentes junto con la apelación y suplicación, como una de las tres formas de impugnación de sentencias.
- (296) Partidas 3, 25 proemio.
- (297) Partidas 3, 21, 1.
- (298) Carleval "Tractatus de Iudiciis..." tit. 1, disput. 2, nº 947, p. 207.
- (299) Carleval, "Tractatus de Iudiciis..." tit. 1, disput. 2, sectio V, nº 1.225 p. 264. Y Azevedo en su glosa a Recopilación 4, 18, 7 también "...= licet mutare libellum, vel actionem in prima instantia deductam... (en "Comentarios a Iuris Civilis", p. 416). Así lo repetían infinidad de autores, Castillo de Bovadilla en Política T. 2, lib. 3, cap. 8, p. 217, Hevia Bolaños, "Curia Filipica"; Parte V, parr. 3, nº 3, p. 188, etc.
- (300) En las Cortes de Madrigal de 1.476, se establece que queda prohibido recibir "a prueba sobre los mismos artículos o directamente contrarios de aquellos..." ya aducidos en primera instancia, fórmula que pasará a las recopilaciones (Recopilación 4, 6, 5).
- (301) Desde las Partidas se aceptó la posibilidad de alegar "nova reperta" "Et= si por aventura alguna de las partes dixiere que falló agora de nuevo cartas o testigos quel ayudan mucho en su pleito, que non pudo mostrar ante= el otto judgador, débegelo rescebir..." Partidas 3, 23, 27.
- (302) Desde el derecho romano la nulidad de un acto se equiparaba a su inexistencia y por tanto ni siquiera era objeto de impugnación. Véase sobre esto a Orestano, "L'appello civile in diritto romano" Génova 1.952, p. 273= y siguientes.
- (303) Leyes del Estilo, nº 154.
- (304) Codex 7, 64, 2 distinguía las hipótesis de error de hecho y error de derecho, estableciendo la validez en el primer caso y la nulidad en el segundo. Esta distinción también fue tomada y seguida por la glosa, véase Padua Schioppa, "Ricerche..." T. 2, pp. 21 y sig.
- (305) Esta distinción también provenía del Derecho Romano, en un pasaje de Marciano en el Digesto 49, 8, 1, 2. Véase Orestano "L'appello..." pp. 290-292= y el trabajo de la glosa a este respecto también Padua Schioppa, loc. cit.
- (306) Vid. el capítulo 2º, p. 88 y nota 85.
- (307) Vid. el capítulo 2º, p. 89 y nota 84.
- (308) Vid. el capítulo 2º, p. 89 y nota 83.
- (309) Bartolo in l. 1, sub. nº 4, vers. secundo quero ff. de appell et relat, - tal y como recoge Scaccia en su "Tractatus..." q. 2, art. 3, nº 32, p. 6.

- (310) El autor de esta clasificación es el Cardenal Alejandro (in rub. num. 12. in fin, et num. 13, vers. et illa, num. 14 de appel, citado por Scaccia - en su "Tractatus..." q. 2, art. 3, nº 32, p. 6).
- (311) Ya hemos tratado las diferencias entre estos dos tipos en autores como Durante y Scaccia. Este último autor nos reporta otra interesante clasificación basada en el mismo criterio: dividiendo las apelaciones en "Latissime, late et proprie, atendiendo a la mayor o menor literalidad del término "appellationis": "... latissime enim sumpta significat quacumque vocationem, seu invitationem et ideo si vocarem te ad coenam diceretur appellatio... late sumpta significat quacumque provocationem ad iudicium, et sic etiam appellationem extra iudicialem... stricte vero seu propria sumpta significat appellationem iudicialem..." El cardenal Alejandro, recogido por Scaccia, "Tractatus..." q. 1, nº 3, p. 1.
- (312) De nuevo Scaccia, "Tractatus..." q. 2, art. 3, nº 33, p. 7.
- (313) Elizondo, "Práctica..." T. 6, p. 101.
- (314) Sigue diciendo sin embargo que esta "frivolidad" ha de constar expresamente, antes de que se pueda rechazar el recurso: "... no se elevará jamás - al nombre frívola otra alguna apelación, que la que aparezca de los mismos autos, serlo evidentemente; pues en otros términos y con cualesquiera ligera duda, debe graduarse legítima y como tal indistintamente admitirse en los Tribunales..." Elizondo, loc. cit.
- (315) Scaccia, ("Tractatus..." q. 2, art. 3, nº 32, p. 6), es quien atribuye esta clasificación a Rursus quien comenzaba distinguiendo entre la judicial y la extrajudicial, y es la que parece formar el cuadro clasificatorio - más completo.
- (316) Lancelotte, Roberto "Tractatus de Attentatus et Innovatis Lite Appellatione pendente", Venecia 1.612, limit. 50 nos. 1-40, pp. 288-90. En este apartado seguiremos el esquema presentado por este autor.
- (317) Ya advierte Durante que "Terminus (appellandum) habetur pro peremptorio", Speculum, lib. 2, Part. 3, . Qualiter autem nº 10, T. 3 y 4 fo. 200v.
- (318) Scaccia advierte que es necesario consignar el nombre del juez a quo. - "Tractatus..." q. 4, art. 6, nº 39 y sig. p. 24.

- (319) "Appello a sententia lata tali data per vos..." Scaccia, loc. cit., p.24.
- (320) El nombre del adversario, "id est appellati", Scaccia no lo ve necesario= (loc. cit.). Sin embargo Durante, aunque no lo considera invalidante de la apelación, si lo recomienda "Hoc autem nota, quod nomem adversarii debet in appellatione exprime... si tamen non exprimitur, non nocet..." Speculum, loc. cit. nº 4, fo. 200v. La causa de la apelación no es necesario expresarla en el libelo, según la doctrina dominante encabezada por Durante "... quando appellatur a diffinitiva, non est necesse exprimi causam appellandi". Speculum, loc. cit. nº 2 fo. 200v, pero solo se aplica stricto sensu a las apelaciones de sentencias definitivas, o de interlocutorias con fuerza de definitiva, respecto de las demás varía según el caso, pero sobre este problema volveremos más tarde.
- (321) Lancelotte, loc. cit., p. 283-90.
- (322) Este requisito lo mencionan todos los autores. Scaccia, loc. cit.; Speculum, loc. nº 4, fo. 200v.
- (323) Lancelotte, loc. cit., p. 288-90.
- (324) Scaccia, loc. cit., p. 24.
- (325) "Quando scilicet appellatio esset generalis ad omnes superiores... appellatio regulariter debet esse nominatim facta ad talem..." Lancelotte, loc. cit. nº 226, p. 289.
- (326) "Apelo ante el juez competente", fórmula que propone Paz en su Praxis, Tomo I, part. 6, proemio nº 36, citado por Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, Art. 3. nº 8, p. 330, quien a su vez propone la fórmula "a quien por derecho corresponde, o para ante quien con derecho puede y debo...".
- (327) Lancelotte, loc. cit.; Speculum, loc. cit., nº 11, p. 203; Bonifacio en glosa a la Peregrina fo. 46v. Sobre este problema trataremos más extensamente en el capítulo dedicado a la legitimación.
- (328) Prohibición que Justiniano había consignado en la Novela 82. 5; y en el Codex 7, 70, 1: "Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non licebit ei tertio... provocatione uti...".
- (329) Sobre la reelaboración de la glosa en este punto véase a Padoa Schioppa - "Richerche..." T. 2, pp. 199-200.
- (330) Fue Azo el que sostuvo que el número de apelaciones podía legítimamente duplicarse a cuatro: "... nam eidem non licet tertio appellare, alius autem potest semel et secundo etsi iste bis appellavit, et ita quattuor feruntur sententiae..." Lectura ad. C. 7, 70, 1 ne liceat in una, l. si quis (Citado por Padoa Schioppa, loc. cit. p. 200).

- (331) Una decretal de Honorio III del año 1.214, decía que no se podía apelar - de una misma sentencia tres veces. Decretales 2, 28, 65.
- (332) Desde la Margarita de los Pleitos 20, 4 (siguiendo a la Decretal citada - en la nota anterior), las Flores del Derecho 3, 2, 5, el Dotrinal 6, 1, - 23, el Espéculo 5, 14, 23 y Partidas 3, 23, 25. Esta norma pasaría des - pués a la Recopilación 4, 17, 5.
- (333) Una Ley de Estilo (162) establece un número ilimitado de alzadas, contra - viniendo expresamente el principio de "non licet tertio provocare": "En - los pleytos en que se dan juicios, si alguna de las partes alza, puede se alzar de alzada en alzada: maguer si se pasan mas de por dos alzadas; - siempre se puede alzar de alzada en alzada, fasta que por alzada llegue - el pleito a la persona del rey". Y la razón que alega es muy interesante: "Et esto porque non se destaje, nin se mengue la su justicia et su jurisdicción del rey". Lógicamente en un siglo XIII, época en la cual el poder tiene necesidad de extenderse de facto a todos los puntos de la adminis - tración de justicia, interesa que el mayor número de casos lleguen al vér - tice jurisdiccional. Esta ley nos hace pensar que de hecho al principio, = a pesar de la limitación de apelaciones contenidas en el Espéculo y las - Partidas, no estaba limitado en la práctica el número de alzadas. Curiosa - mente esta ley viene además recogida en el Teatro de la Legislación (T. 3 vox apel., pp. 481-482). Respecto de este tema, Dou y Bassols nos relata = un caso interesante en Cataluña donde jurisdicción señorial tenía a veces atribuida hasta la segunda apelación, y se permitía excepcionalmente ape - lar por tercera vez a la Audiencia, "por regalia Suprema". Excepción que = jugaba enormemente a favor de la penetración política del monarca a tra - vés de la vía jurisdiccional, en los territorios señoriales. Dou y Ba - ssols, "Instituciones..." T. 6, nº 20, p. 336.
- (334) Espéculo 5, 14, 23; y el Dotrinal con una fórmula más simple "el pleyto - que es judgado y es mandado por tres sentencias es derecho" (Dotrinal 6, = 1, 23).
- (335) Partidas 3, 24, 4: "... si el pleyto fuese librado por juicio del alcalde de alguna villa o de alguna cibdat, et fuese tomada alzada dél para el - adelantado mayor de la provincia, et confirmase la primera sentencia, et = se alzase otra vez parte deste juicio a la corte del rey, si el rey o el = adelantado mayor confirmase los juicios sobredichos, dende adelante non - puede pedir merced al rey que ayá de cabo aquel pleyto..." También Espécu - lo 5, 14, 4.
- (336) "Pragmática de Ordenanzas para abreviar los pleitos, que revoca las he - chas en Madrid, el 21 de mayo de 1.499", en Madrid, R.R.C.C., 4 de diciem - bre, 1.502. Libro de Bulas y Pragmáticas fols. 71v-72. Recopilación, lib. 4, tit. 17, ley 5.

- (337) La invocación de la apelación como "defensa y remedio de los agravios y - defensa natural, y siendo favor público extenderla, como dice Castillo de Bovadilla (Política 2, lib. 3, Cap. 7, pp. 202-4) hacía que fuese necesario explicar su restricción, como veremos que no solo hace la literatura= jurídica, sino también las fuentes legales.
- (338) Ordenanza de 1.502, loc. cit., p. 72.
- (339) Palabras del Espéculo 5, 14, 14. Esta razón redunda en la literatura jurídica; por ejemplo, Santo Tomás en su "Secunda Secundae", q. 69, art. 3, - in fine "Ideo autem non est concessum, ut tertio aliquis super eodem, - quia non est probabile toties iudices a recto iudicio declinare" (citado= por Cañada, "Juicio Civil..." T. 1, Part. 2, Cap. 4, nº 2, p. 310). Y Dou y Bassols opina que "... la tercera apelación se ha de entender nacida - más de la terquedad y obstinación, que de agravio o injusticia, que con - tenga la sentencia; es mucha la presunción que tiene a su favor cualquier juez ¿quanto mayor será la que tuviera tres y conformes?" ("Instituciones..." T. 6, Art. 3, nº 19, p. 335).
- (340) Argumento constantemente esgrimido por Castillo de Bovadilla, hombre cercano a la época absolutista: "aunque la apelación sea de Derecho Natural, y favor público extenderla, el Rey puede restringir y limitar este derecho y favor..." Política 1, 3, 8, pp. 202-3.
- (341) Espéculo 5, 14, 23: Partidas 2, 23, 25. También el Doctrinal 6, 1, 23.
- (342) Precisamente esta es la razón que da Dou y Bassols para explicar que, a - diferencia del sistema canónico, en el secular casi nunca suele llegarse= a cinco sentencias: "por no ser muchos los tribunales por donde se haya - de ir subiendo, y principalmente por conocer de infinitas causas las Audiencias, Chancillerías y Consejos con las regalías de avocación y apelación, quedando desde entonces excluido el remedio de apelación..." Instituciones..." T. 6, nº 21, pp. 336-337.
- (343) Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 18 C.L.C. T. 2 p. 384-386. También aluden a este procedimiento, las Cortes de Segovia de 1.390, pet. 4, C.L.C.= T. 2, pp. 476-477.
- (344) Las Cortes de Segovia, daban un plazo de diez días para exponer el agravio. En Briviesca se establecía que después de expuesto el agravio y la - petición de enmienda, los oidores, en su caso debían motivar el escrito - de su negación de enmienda, y con este "instrumento de la respuesta" podía la parte presentarse ante el rey en término de veinte días. Este último recurso debió prosperar, pues en Segovia, tres años más tarde se estableció que el resultado de este grado de revista no admitía más apelación ni suplicación. Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 18, C.L.C. T. 2, p. - 384-386 y Cortes de Segovia de 1.390, pet., C.L.C. T. 2, p. 476-477.

- (345) Elizondo, "Práctica..." T. 6, p. 138.
- (346) "... non liceat tertio provocare, subaudi, nisi per tertiam sententiam inferatur novum gravamen, quia tunc ab illo gravamine nunquam extitit appellatum, ergo est opus appellatione".  
Covarrubias, "Practicarum Quaestiones..." Cap. 25, nº 6, p. 614.
- (347) Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, Art. 3, nº 3, p. 328-29.
- (348) Opinión de Fontanela reportada por Dou: "dice que la condena en costas de la segunda sentencia no habiéndola habido en la primera, no se entiende - formar nuevo agravio o impedir la conformidad de la sentencia... esto es= por considerarse de poca monta y debida ya por presunción de temeridad en quien se ve condenado con dos sentencias conformes". Dou y Bassols, loc.= cit., Covarrubias ponía otro ejemplo de condena en costas, pero esta apelable, por ser al vencedor: "si iudex in tertia sententia condemnavit victum in expensas omnium causarum, de quibus expensis non fuit habita consideratio per iudices primam causarum, poterit etiam appellari ab ista tertia... quia de illis non est iudicatum nec primo secundo, et ideo potest appellari, quia semper est prima..." "Practicarum Quaestiones...", loc. - cit.
- (349) "... quod licet unaquae que pars tertio appellare non possit super una - causa, seu articulo... tamen poterit semper adhaerere appellationi sui adversarii si appellavit, et producere jura sua, ac si ipsemet appellasset, quia quaelibet appellatio est communis utrique parti..." Salgado, "Tractatus de Regia Protectione..." Part. 3, Cap. 16, p. 478.
- (350) Castillo de Bovadilla, "Política..." T. 2, lib. 3, Cap. 8, nº 205, p. 202-4.
- (351) Castillo de Bovadilla, loc. cit. nº 209, p. 204-5.
- (352) La literatura del XVIII, especialmente, siempre hace una diferenciación - entre el número de apelaciones eclesiástico y secular afirmando que en lo canónico la regla de tres sentencias conformes da para mas apelaciones - que en lo secular la prohibición de una terceraapelación. Véase Elizondo, "Práctica..." T. 1, p. 376, Cañada "Juicio Civil..." T. 1, Part. 2, Cap.= 4, nº 2, p. 310; Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, nº 21, pp. 336 - 337. Pero lo que pasa en realidad no es que tengan las dos jurisdicciones diversos principios, -pues recuérdese que el "Teatro de la Legislación.." recoge todas las fuentes bajomedievales como vigentes en el S. XVIII-, lo que ocurre es que la jurisdicción civil ha ido delimitando campos y competencias, conforme crecía su aparato judicial, lo cual afectó en la práctica al número de apelaciones posibles respecto de las diferentes materias= y cuantías en los pleitos.

- (353) Desde unas Cortes de Madrid en 1.534 pet. 60, (C.L.C., T. 4, p. 598) se estableció la inapelabilidad de causas de cuantía inferior a 400 maravedis, disposición que se recogió en la Recopilación (Lib. 3, tit. 19 ley 19), cantidad que se elevó en 1.593 por unas Cortes de Madrid a mil maravedis (recogido en Recopilación 3, 9, 24), norma que perduró a lo largo de los siglos XVII y XVIII (véase "Librería de Jueces..." T. 2, p. 128) hasta el Decreto de 9 de octubre de 1.812, en el cual las causas de mínima cuantía inapelables se cifraban entre 500 reales de vellón (100 pesos fuertes en ultramar) y 50 pesos fuertes (200 en ultramar), Cap. 2, art. 11, cuantía que el Reglamento Provisional establecía para causas hasta diez duros (30 en ultramar) (Sección II, art. 31).
- (354) Las causas que en apelación conocían los Regimientos sin más recurso van aumentando de cuantía a lo largo del tiempo, desde 3.000 maravedis (en las Cortes de Toledo de 1.480, pet. 69, C.L.C., T. 4, p. 142) a 6.000 maravedis (Cortes de Valladolid de 1.523, pet. 94, C.L.C., T. 4, p. 397), a 10.000 maravedis (Cortes de Valladolid de 1.558, pet. 19, C.L.C., T. 5, p. 741 recogido en Recopilación 4, 18, 7 y Novísima 11, 20, 8) a 20.000 maravedis (Recopilación 4, 18, 18 y Novísima 11, 20, 9) a 30.000 (Novísima 11, 20, 10) y finalmente hasta 40.000 (Novísima 11, 20, 11 que recoge una cédula del Consejo de Noviembre de 1.778). En Galicia también se prohibió la segunda apelación de causas inferiores a 6.000 maravedis que la Audiencia de aquel reino veía en primera instancia (Recopilación 3, 1, 7).
- (355) Como en el caso que nos relata Elizondo, para poner un ejemplo típico de diferenciación entre las apelaciones canónicas y seculares: el caso de Ibiza: "Como aquella isla fue dividida después de su conquista entre S.M. el Reverendo Arzobispo de Tarragona y Don Nuño Sans, cuya porción está ahora agregada al Arcediano de la misma Iglesia, y eran distintos los jueces Ordinarios de aquellos territorios, aunque hoy está refundida toda la jurisdicción en el Gobernador, hay sin embargo diferencia en cuanto a las apelaciones de uno y otro territorio; porque en lo que es la jurisdicción de S.M. y el Arcediano, verificadas dos sentencias conformes, aunque se pueda apelar a la Audiencia de Mallorca, se ejecutan bajo caución; y en lo que es el territorio del Reverendo Arzobispo tiene el Gobernador tres conocimientos, siempre con distintos Prohombres; a cuya consecuencia, dadas tres sentencias conformes no tiene lugar aquel recurso..." "Práctica..." T. 2, p. 252.
- (356) Constitución de 1.812, art. 258. Sin embargo también se preocupaba por el problema de la conformidad de las sentencias: "Cuando la tercera instancia se interponga de dos sentencias conformes el número de jueces que haya de decidirla, deberá ser mayor que el que asistió a la vista de la segunda, a ésta también toca determinar, atendida la entidad de los negocios y la naturaleza y calidad de los diferentes juicios, que sentencia ha de ser la que en cada uno deba causar ejecutoria".



- (357) Sobre la apelación romana véase el trabajo monográfico de Ricardo Orestano "L'appello Civile in diritto romano" Turin 1.952; que estudia la evolución de esta institución desde la edad de Severo, (fines del S. II d. c.) hasta el derecho justinianeo. También Fournier "Essai sui l'histoire..."= pp. 17-87.
- (358) A pesar de prosperar la apelación dentro de la estructura de la "cognitio extraordinem", pronto pierde su inicial carácter de excepcionalidad conforme se expende este procedimiento desplazando al antiguo ordo iudiciorum privatorum, convirtiéndose en remedio tan frecuente como necesario, como dice Ulpiano en su definición, en Digesto 49, 1, 1 pr.
- (359) La evolución de la "cognitio extra ordinem" está íntimamente ligada al crecimiento del poder estatal romano, pues la cognitio aparece fundada sobre el poder de "imperium" del que actúa, poder siempre delegado del emperador. Desde la época de Augusto en que la centralización del poder en manos del emperador hizo necesario delegar parcelas técnicas hasta crear una jerarquía judicial-administrativa, la vía de penetración del poder imperial en el proceso, tenía obligatoriamente que ser a través de la "cognitio extraordinem". Sobre esto Orestano, loc. cit., p. 3-14.
- (360) Ursicino Alvarez Suarez "Instituciones de Derecho Romano", T. 2, "Derecho Procesal Civil", p. 68 y sig.
- (361) El objeto de la apelación es una sentencia válida, lo que no viene específicamente expresado en ninguna fuente romana pero se deduce del hecho de que las fuentes siempre excluyen la apelación cuando tratan de decisiones judiciales nulas. Orestano, op. cit., p. 145-147.
- (362) "... Licet nonnunquam bone latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimas sententias laturus est", Ulpiano, Dig. 49, 1, 1 pr. La posibilidad de la reformatio in peius no deja dudas sobre el carácter perfectamente ex novo de la sentencia de apelación.
- (363) Principalmente Fournier en su "Essai...pp.140-211 se ocupa minuciosamente de estas dos formas de apelación feudal. También Morel, en "Le recours au roi...", se refiere a ellas, contrastándolas con la apelación romano-cánonica, p. 31 y sig.
- (364) El juez que se había negado a administrar justicia, era castigado a indemnizar al agraviado. Fournier, op. cit. p. 166.
- (365) Fournier, op. cit. p. 108. Las leyes que menciona no nos parecen especialmente representativas de la "deni de justice", sino más del "faux jugement". En la edición del Fuero Juzgo, la Ley 19 se intitula "Del iuez que iudga tuerto por ruego, o por ignorancia", la ley 20: "Del iuez que faz perder alguna cosa por arte, o por enganno a alguna de las partes"; la -

ley consiste en regular la prueba y el juramento de las partes: "Del iudez que quiere bien entender el pleyto que debe primeramente fazer"; y la Ley= 22 regula la "appellatio a iudice suspecto" sobre la que trataremos seguidamente.

- (366) No he utilizado la edición de Zeumer de la Lex Wisogothorum que cita Fournier, sino que he manejado directamente la edición del Fuero Judgo de Ribadeneyra "Códigos Españoles", Tomo I, p. 97-243. Madrid, 1.847.
- (367) Fuero Judgo, 2, 1, 18: "Si algun omne se querella al iuez dotri, y el juez nol quiere oyr, o nol quiere dar su seello, o porluenga el pleyto por alguna escusacion o por algun enganno, o por amor que quiera facer al otra parte, o por otra cosa...".
- (368) "... Si aquel querelloso pudiere esto mostrar por testigos, devel dar el juez, porque lo fizo trabaiair, quantos devie pechar su adversario segund= la ley... E si el querelloso esto non pudiere provar por testimonias... - el iuez mismo deve jurar que non lo fizo por amor, ni por desamor, ni por enganno, e sea quito..." Fuero Juzgo, 2, 1, 18.
- (369) Opinión de Morel, que critica la doctrina que aplica conceptos modernos - al tratar la apelación en el siglo XIII estableciendo una barrera rígida= entre la apelación feudal y la romano-canónica. Morel, "Le recours au - roi..." p. 5. La descripción que del procedimiento de "appel de faux Jugement" nos hace Fournier es interesantísima. "Essai..." pp. 164.
- (370) José Maldonado y Fernández del Torco "Líneas de influencia canónica en el proceso", en A.H.D.E., 23, pp. 467-494.
- (371) "Mas aquellos iuezes dice ha sospechosos deven iudgar el pleyto e oyr con el obispo de la cibdade, e lo que iutgaren, metanlo en escripto..." Fuero Judgo, 2, 1, 22.
- (372) Codex Theodosianus 11, 30, 58 y Novella 35 de Valentiniano incorporada al Breviario 12, 1, Citadas por Maldonado, op. cit., p. 469.
- (373) Esta autoridad inspectora estaba recogida en la Lex Wisigothorum 12, 1, - 2, y sancionada por el canon 18 del Concilio III de Toledo y canon 32 del Concilio IV (Maldonado, op. cit., p. 468-469). Siguiendo a este autor, - Recesvinto había ratificado esta actuación judicial episcopal en la Lex - Wisig. 5, 2, 1, 28, donde se ha pensado que se establecía una jurisdic - ción general en los obispos de las causas de los pobres y oprimidos.
- (374) Según Morel el renacimiento de la apelación romana se impulsó en gran par - te bajo la influencia del derecho canónico, que aportaba elementos técni - co-jurídicos para desarrollar las primitivas formas de apelación feudal.= "Le recours..." p. 5.

- (375) Heribart Schmitt, "Appellatio, Entwicklungs Linien Einer KirlichenmGe - richtsbarke II. En Münchener Theologischen Studiens, Canonistischen Abtei - lung 3 Banda, München 1.974, Canonistischen Abteilung, 3 Band, München - 1.974, en particular su capítulo 2.
- (376) El Decreto de Graciano recogía muchas fuentes de derecho romano. Sobre es to véase Padoa Schioppa, op. cit., T. 2, p. 206.
- (377) Boncocompagno en su Rhetorica Novissima IX, 5 (citado por Padoa Schioppa= op. cit., T. 2, p. 207), decía con ironía "ius canonicum substatatur ba - culo alieno, quia non habet originem actionem; unde... iuris civilis cogi - tur auxilium implorare".
- (378) Estos principios ya venían recogidos en textos altomedievales, como los - libros de Tübinga y Ashburnham. Padoa Schioppa, op. cit., T. 2, p. 7 y - sig. En el libro de Tübinga 123, se dice al juez que el objetivo es la ob tención de la verdad y de la justicia y "... consuetudo multotiens verita - ti repugnat; iustitia autem semper veritati concordat...".
- (379) El principio del moderamen consistía en aplicar el derecho con flexibili - dad, acomodándolo a los elementos de la realidad de la causa: "perpensa - ratione pro qualitate temporis, loci vel persone vel negocii..." Libro de Ashburnham, 9 (citado por Padoa, loc. cit).
- (380) Villapalos, "Los Recursos..." p. 155 y sig.
- (381) "Nam est remedium a jure naturali procedens, quatenus defensionis spe - cies, quamvis ejus formalitas a jure positivo inducta fuerit... ubi etiam appellationem esse liberatis popularis, naturalisque defensionis fundamen - tum..." Maldonado, "De Secunda Supplicatione..." Tit. I, q. 2, nº 3, p. - 10. "Ab eodem fonte naturae oritur defensio quam jus positivum constituit in appellatione adversus gravamine" Scaccia, "Tractatus..." Quest. nº 21, p.
- (382) La Margarita de los Pleitos, señala el desarrollo de los grados de juris - dicción eclesiástica, después de establecer con carácter general el prin - cipio gradual, Margarita 20, 11.
- (383) Salvioli, Giuseppe, "Storia della Procedura Civile e Criminale" parte 2, p. 545. Maldonado, "Líneas de Influencia..." p. 477.
- (384) Ya las Partidas se establecen términos precisos y fatales, Partidas, 23, = 22. "E si acaesciese, que ninguna de las partes non siguiesse el alzada a los plazos sobredichos, mandamos que sea valedero el juycio sobre que fue tomada el alzada". Partidas 3, 23, in fine.

- (385) El derecho romano hacía algunas excepciones como por ejemplo apelaciones= a autos de torturas; pero volveremos sobre este tema. Sobre el requisito= de sentencia definitiva en Derecho Romano, véase Orestano, op. cit., p. - 273 y sig.
- (386) Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 56 y sig.
- (387) La literatura desde fines del XV se apoyará en una ley de Partida que siguiendo el principio romano de apelabilidad del auto de tortura estable - cía "o si mandase fazer alguna cosa... que fuese de tal natura, que seyen do acabado non se podria despues enmendar, a menos de gran daño" Partidas 3, 23, 13, para establecer que "sed si est tale gravamen quod non potest= repari... tunc bene potest appellari". Bonifacio a Peregrina, fol. 42v; - también Montalvo, en "Secunda Compilatio Legum" fo. 7v. La fuerza de defi nitiva se atribuirá en virtud de la irreparabilidad del gravamen.
- (388) Concilio de Trento, Cap. 1, Ses. 13 y Cap. 20 Ses 24 de Reformat., esta - blece que sólo serán apelables las sentencias definitivas en fuerza de in terlocutoria, refugiándose así en el sistema civil, para moderar "aquella libertad absoluta que permitían los cánones, de apelar indistintamente... ya fuesen definitivas o interlocutorias por ligero agravamen..." como lo= expone Cañada en sus "Instituciones..." T. 1, Part. II, Cap. II, nº 23, - p. 245.
- (389) La doctrina canónica había admitido desde el principio la posibilidad que de presentar nuevas pruebas y alegaciones en apelación que ofrecía el Co- dex justiniano, (C. 7, 62, 6, 2; y C. 7, 63, 4, 1) ya había ido más le - jos incluso que el derecho romano admitiendo los "nova capitula". Padoa - Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 176 y sig.
- (390) Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 124 y sig.
- (391) Morel, "Le recours..." p. 5 y sig.
- (392) En el S. XIII el poder del Rey de Francia se extendía únicamente de hecho a l'Ile de France, es decir zona parisina, Fournier "Essai..." p.
- (393) Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Ley 28, capítulo 41, p. 432.
- (394) Montesquieu, op. cit., p. 431. Este autor dice abiertamente que en Fran - cia a partir de finales del S. XIII se tomaron las formas judiciales canó nicas y no las romanas. Fournier, sin embargo se muestra más escéptico, - aunque en sus dudas late una sospecha favorable al derecho canónico, como sistema inductor directo de una segunda instancia como "novum iudicium" - "Essai..." p. 197-98.
- (395) A este tema está dedicada la citada obra de Morel "Le recours au roi..."

- (396) En el derecho feudal siempre existía la posibilidad de acudir al superior en busca de auxilio, pero un recurso per saltum al rey no se admitía, por lo cual se acudió a justificarlo con un principio romano: aquel de que nadie puede ser juez en su propia causa, Morel, op. cit. p. 6.
- (397) En Castilla, como hemos visto ya, desde el Ordenamiento de Guadalupe de 1.330, en Francia en 1.438 en el caso de apelación de los señores gascones a Carlos V que describe Morel en la obra citada, se estableció que antes de apelar al rey debía pedirse justicia ante el tribunal de los pares del señor, siguiendo la práctica feudal expuesta en los Libri Feudorum (Consuetudines Feudorum, I, II, T. XV, De milite vasallo qui contumax est). Esta práctica también se daba en Cataluña, como nos asegura Dou: "... en Cataluña hay inconcusa observancia, de que las primeras apelaciones de una sentencia proferida en juzgado de baron se interpongan al mismo mutato assessore...". "Instituciones..." T. 6, Art. 3, nº 12, p. 332 - 3.
- (398) Recopilación 4, 1, 1: "Jurisdicción suprema, civil i criminal pertenesce a Nos, fundada por el Derecho Comun en todas las Ciudades y Villas i lugares de nuestros Reinos i Señoríos...".
- (399) Palabras de Partidas 3, 23, 17; También Espéculo 5, 14, 11. Gregorio López sanciona esto: "... in Hispania non recognoscantur superiorem in temporalibus... tres Reges non recognoscentes imperatorem, regem Franciae, Hispanie et Anglie..." reafirmando el principio de "rex est imperator in regno suo". Las Partidas 3, 27, 17 dan otras razones para la atribución de esta "mayoría" al rey: su interés objetivo por la justicia, y el conocimiento técnico del derecho "... porque ellos son amadores de la justicia, et de verdat, et han siempre consigo sabidores de derecho en su corte...".
- (400) "... jurisdicción suprema que nos tenemos, en defecto de los que tienen jurisdicción y Señorío en algunas Ciudades y Villas y lugares de nuestros Reinos...". Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 15. No hay que olvidar que la apelación al rey estaba prohibida por muchos fueros señoriales, -según Gibert en su "Historia General..." p. 53- y que la lucha de la jurisdicción real en los señoríos fue ardua y larga, como nos lo describe Castillo de Bovadilla "... y vemos que de ordinario procuran que no se apele para ante los dichos superiores, y tienen las causas usan de industrias, moderando las penas y facilitando los sucesos..." Política T. 1, lib. 2, cap. 16, p. 461; por tanto no debe extrañar que este principio de mayoría de justicia se sancionase en todas las fuentes, recogiendo en el S. XVIII en el "Teatro de la Legislación..." T. 3, p. 493.
- (401) "E esto, porque el Rey ha señorío sobre todos, e puedelos judgar..." Partidas 3, 23, 18.

- (402) Ordenamiento de Alcalá, 28, 1. Establecía un Orden de prelación por el -  
cual se aplicaría en primer lugar el derecho real, después, los fueros muni-  
cipales en lo que estuviesen vigentes y en último término las Partidas. -  
Esto dejaba los fueros señoriales sometidos a la jurisdicción regia. Gil-  
bert, op. cit., p. 53.
- (403) Los procuradores de unas Cortes de 1.293 ya se quejaban de la presencia -  
de clérigos en las instancias de apelación: "Otrossi alo que nos pidieron  
merced que clérigo non oviesse de librar las alçadas en Castilla; a ésto=  
tenemos por bien que sea guardado en general, mas quando acaesçiere de li-  
brar algunas alçadas que nos ayamos de librar, acomendar lo emos a qui to-  
vieremos por bien, o a tal prelado o a tal clérigo que guarde nuestro -  
sserviçio e a cada uno su derecho". (Cortes de Valladolid de 1.293, pet.=  
20, C.L.C., p. 113). Probablemente en una época temprana el nivel supe-  
rior de cultura jurídica de los eclesiásticos, hacia que fuesen en gene-  
ral candidatos más idóneos para las delegaciones reales.
- (404) Las Leyes Nuevas (ed. R.A.H. p. 199) contienen una carta de Alfonso X a -  
los alcaldes de Castilla en la que prohíbe a los eclesiásticos ser jue-  
ces, y abogados en las causas en primera instancia y en segunda, y dice :  
"porque allegan otras leyes que non son en el libro, nin son entre legos;  
y porque se alvengan los pleytos. Et por esto hace mucho mal e daño en la  
tierra".
- (405) Partidas 3, 23, 18. "Esso mismo (nulidad) dezimos del que fiziese alçada=  
a otro de cuyo señorío non es, nin le ha poderío de judgar...
- (406) El Espéculo 5, 14, 13 después de estas mismas palabras (nota 405) sigue -  
diciendo: "... asi como el judgador de santa egleſia en los pleitos quel=  
pertenescen a judgar, alzandose para ante el judgador seglar a quien de-  
fienden las leyes, que non cognosca de pleitos espirituales, o de judga-  
dor seglar alzandose a otro de santa egleſia en pleitos temporales, o en=  
otra manera seyendo legos que non oviese poderío aquel a quien se alzaba=  
el otro que se alzase".
- (407) Cortes de Valladolid de 1.325, pet. 20, C.L.C. 1, p. 382: "Otrossi alo -  
que me pidieron por merced quelos perlados a los cabildos e los otros jue-  
zes de sancta egleſia toman la mi jurisdiccion en rrazon dela justicia, e=  
delos pleitos e delas otras cosas que gelo deffienda e que gelo non con-  
sienta quela tomen. E otrossi que non consienta que el realengo pase a -  
abadengo..."
- (408) Cortes de Burgos de 1.345, pet. 18, C.L.C. 1 p. 419. En las Cortes de Bur-  
gos de 1.430, pet. 38, C.L.C. III, p. 95, los procuradores denuncian al -  
rey el hecho de que los jueces eclesiásticos citan a legos en los arzobis-  
pados y obispados -por cobro de diezmos a labradores humildes- y les en-  
vian a prisiones eclesiásticas, ejecutando ellos sus bienes sin contar -  
con el brazo secular, y si las justicias reales intervienen proceden con-

tra ellos y los excomulgan. Afirman que ésto pasa en los arzobispados de Toledo, Cuenca y Jaen "e en todas las otras cibdades del regno onde ay - eglesias catedrales...".

- (409) Alfonso XI en Cortes de Valladolid de 1.363, pet. 21, recogido en Recopilación 4, 1, 3; Juan II en Cortes de Valladolid de 1.447, pet. 30, recogido en Recopilación 4, 1, 6; Alfonso XI, en Cortes de Valladolid de 1.363, pet. 9, recogido en Recopilación 4, 1, 7; Alfonso XI en Cortes de Madrid de 1.367, pet. 58, recogido en Recopilación 4, 1, 10; Reyes Católicos en Cortes de Toledo de 1.480, ley 116 recogido en Recopilación 4, 1, 11 y Juan II en Cortes de Valladolid de 1.442, pet. 15 recogido en Recopilación 4, 1, 13.
- (410) Los Reyes Católicos en una pragmática del 23 de junio de 1.500, dada en Sevilla, prohíben expresamente a los eclesiásticos que tienen jurisdicción temporal que pongan otros eclesiásticos por jueces "Las quales proceden y procedey por censuras eclesiásticas y por sentencias de excomunion en los casos temporales y profanos: lo qual es en perjuizio de nuestra jurisdiccion real y no lo podeis hacer...", a lo que sigue un exhorto de que "otorgueis las apelaciones para las nuestras chancillerias..." (Libro de Bulas y Pragmáticas, fols. 23-23v) disposición que viene recogida en Recopilación 1, 3, 8.
- (411) Véase supra, nota nº 150
- (412) "Librería de Jueces" T. 2, c. 6, pp. 192-197 y 210-215. Elizondo "Práctica..." T. 1, p. 328. Aunque no podemos entrar en este tema, sí es interesante señalar que el Recurso de Fuerza, "modo de defensa y tuicion, o protección natural con la que se alza y quita la fuerza" (Librería, col. cit., p. 213) se interponía ante el Consejo de Castilla, o las Audiencias y Chancillerías, contra los autos que admitían apelaciones en un solo efecto, o contra negativa de inhibición. Curiosamente Salgado lo equipara con una apelación extrajudicial: "Cum indubitatum sit ab actibus extrajudicialibus, et iudice extrajudicialiter procedente absque umbra iudicii - appellare permitti, quae dicitur similiter appellatio extrajudicialis..." "Tractatus de Regia Protectione..." Part. 1. Cap. 2, nº 235, p.
- (413) García Gallo, "Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X", en A.H.D.E. 46, 1.956. La utilización de textos como el Fuero Judio y el Fuero Real, dados a las ciudades como derecho municipal, era un instrumento eficaz de superación del localismo jurídico imperante todavía en el S. XIII. El nombramiento de jueces locales por el rey que establecía el Fuero oficial en las alzadas que libraba el tribunal real, suscitaron la reacción de 1.272, a raíz de la cual la ambiciosa política real tuvo que dar un paso atrás en las Cortes de Zamora 1.274. A partir de este momento se distinguió entre pleitos foreros y pleitos del rey; en los primeros se aplicaría tanto en primera como en segunda instancia el derecho foral, -

mientras que los segundos -reducidos a pocas materias- se regirían por el derecho regio.

- (414) Para Tomás y Valiente el ordenamiento de 1.348 es el eje de referencia - respecto de la centralización bajomedieval del derecho castellano, "Manual de Historia del Derecho Español", Madrid 1.979, p. 232 y sig.
- (415) Ordenanzas sobre la manera de sustanciar los pleitos los Alcaldes de Valladolid dadas por el Rey Don Alfonso X, en Memorial Histórico Español, - T. 1, pp. 139-144.
- (416) El aumento rápido y progresivo de este tipo de jurisdicción a lo largo - del Estado Moderno dió lugar a lo que Otto Hintze ha llamado la "Revolución Comisarial" europea. Véase su trabajo "El Comisario en la Historia - de la Administración" en "Historia de las Formas Políticas", Madrid - 1.968.
- (417) Las quejas sobre la expedición de Cartas de comisión con cláusulas exhortantes que anulan los procesos, que el Consejo hace en nombre del rey y en virtud de su reserva de jurisdicción, son frecuentes en las Cortes; el rey siempre promete que mandaría se reenvien a las audiencias todos los - pleitos que penden ante el Consejo, pero siempre excluyendo "los que por algunos respectos nos pareciere que deben retener en el nuestro Consejo" (Cortes de Madrid de 1.528, pet. 5, C.L.C., T. 4, pp. 45051; también Cortes de Burgos de 1.453, pet. 24, C.L.C. T. 3, p. 668 y Cortes de Valladolid de 1.523, pet. 80, C.L.C. T. 4, p. 387). En el siglo XVIII la situación del Consejo en este aspecto debía ser alarmante, y la legislación va dirigida a intentar despejarla de todos los casos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, que le desbordan. Células de 11 de enero de 1.770 y de 7 de noviembre de 1.771, ambas recogidas por Santos Sánchez en su "Extracto Puntual de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares y Autos Acordados publicados en el reino de Carlos III, 1.760-1.788", Madrid 1.792, T. 1 pags. respectivamente 149-150 y 270-271.
- 418) Como hemos visto la creación de Audiencias no era producto de un plan racional, sino que se debía normalmente a actos esporádicos, que tendían a satisfacer la creciente demanda de administración de justicia. La pragmática sanción que crea la Audiencia de Extremadura, ya tardíamente a fines del XVIII, justifica la necesidad de su establecimiento por "los perjuicios y agravios que padecían aquellos naturales por el costoso y distante recurso a los tribunales superiores, constituidos generalmente fuera de la provincia..." y Sánchez nota a pie de página, que constituía el "único medio de cortar de raíz los motivos que concurren a su despoblación y a la pobreza de sus habitantes...". (Pragmática sanción de 30 de mayo de 1.780, en Sánchez, "Colección de todas las Pragmáticas... Carlos IV", T.1 p. 108-9). Esta demanda no solo aspiraba a obtener mayor número de tribunales superiores, sino también a descentralizar las competencias jerárquicas.



cas de éstos, en favor de tribunales intermedios como los Concejos o Regimientos: ya hemos visto (nota 103), las constantes peticiones de Cortes - respecto de la extensión de la competencia de los Regimientos a todas las materias por debajo de una cierta cuantía.

- (419) Cuantía que aumentaba sin cesar. Véase notas de este capítulo 103 y 354.= Esta división de competencias por razón de la cuantía, suscitó pronto una serie de problemas respecto de la determinación de ésta, (sobre reglas de determinación de cuantía, Castillo de Bovadilla, "Política..." T. 2, Lib. 3, Cap. 8 números 220-232, pp. 209-214), determinación que se estableció= pertenecía en último término a la Audiencia, como tribunal superior. Recopilación 3, 1, 68.
- (420) Vid. pp. 25 de este capítulo.
- (421) A pesar de los intentos de avance de la jurisdicción real frente a la señorial por medio del establecimiento de apelaciones directas al rey en los señoríos (vid. pp. ) lo cierto es que nunca se cuestionó su determinación de la jurisdicción de primera instancia.
- (422) Decreto de 6 de agosto de 1.811, sobre la "Incorporación de los señoríos= jurisdiccionales a la Nación: los territoriales quedarán como propiedades particulares: abolición de los privilegios exclusivos, privativos y prohibitivos: modo de reintegrar a los que obtengan estas prerrogativas por título oneroso o por recompensa de grandes servicios: nadie puede llamarse= señor de vasallos ni ejercer jurisdicción etc" recogido en Colección de los Derechos y Ordenes de las Cortes de Cádiz, T. 1, pp. 182-188. Este decreto suponía la igualación de todos los ciudadanos frente a la administración de justicia, impartida ahora para todos los órganos del Estado.
- (423) En innumerables fuentes aparece el principio de "pendente appellatione nihil est innovandum": D. 49, 5, 6; C. 7, 62, 3; D. 49, 7, 1, 1; C. 2, 4, 32 etc... Vid. Orestano, op. cit. p. 398 y sig.
- (424) Vid. Padoa Schioppa, op. cit., p. 151 y sig.
- (425) Decretales 2, 5 y 28 y Decreto 2, 2, 6 que recoge la Margarita de los Pleitos 20, 1.
- (426) En nuestras fuentes principalmente, Fuero Real 2, 15, 4, Partidas 3, 23,= 26 y Espéculo 5, 6, 12.
- (427) Las Cortes del S. XVI presentan abundantes quejas de dilaciones maliciosas en el curso de la justicia que los apelantes provocan al amparo del efecto suspensivo, y piden que en los casos con repercusiones sociales importantes se ejecuten las sentencias sin embargo de apelación. Buenos ejemplos presentan las Cortes de Toledo de 1.525, pet. C.L.C., T. 4. p. -

440; Cortes de Segovia de 1.532, pet. 51 y 103, C.L.C., T. 4, pp. 551 y - 571-72; Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 32, C.L.C., T. 4, pp. 645-6; Cortes de Toledo de 1.538, pet. 58, C.L.C. T. 5, p. 131, etc...

- (428) Salgado dice en su tratado "De Regia Protectione..." (Parte 3, Cap. i, nº 70, p. 339) "... sic generaliter in omnibus casibus in quibus periculum - est in mora, appellatio non suspendit...", mismo criterio que establece - en el S. XIX el Diccionario Escriche, de 1.838 en su voz apelación.
- (429) Palabras de la "Librería de Jueces", T. 2, nº 47, p. 189, que se refieren a la primitiva prohibición de apelar establecida en el Fuero Real (que pasa a las Ordenanzas reales de Castilla, 3, 16, 11 y Recopilación 4, 18, - 6) de causas que no admiten dilación, como nombramientos de tutor, o pleitos sobre cosas fungibles, o autos ordenando sepultura; también apelacio- nes de sentencias interlocutorias -prohibidas en principio desde las Par- tidas (Partidas 3, 23, 13); Estas prohibiciones iniciales de apelar, per- mitían sin embargo "querellarse"- querella que pronto se llamará apela- ción en un solo efecto. Pero este tema volveremos en los siguientes capít- ulos.
- (430) La "razón de gobierno" como criterio distintivo la alega el Conde de la - Cañada ("Instituciones..." T. 1, pars. 2, cap. 2. nº 51, p. 252-3): "Con- siste la enunciada regla en pasar el agravio respectivo a las partes y al público... si la parte a cuyo favor está dada la sentencia, se expusiese= a mayor perjuicio por la suspensión, o fuese trascendental a la causa pú- blica... cesará en estos casos la apelación suspensiva..." De esta manera causas relativas a la posesión, guarda y mantenimiento de ordenanzas, y - causas fiscales quedaban desprovistas en la apelación del efecto suspensi- vo, admitiéndose únicamente en el devolutivo, y agilizando la resolución= de temas de interés inmediato para la política administrativa.
- (431) Artículos 244 y 285 respectivamente de la Constitución de Cádiz de 1.812.
- (432) En base a la limitación del número de instancias -reducida aún más por la Ley de Bases de 13 de mayo de 1.855, en su art. 1, nº 6 a dos- se excluía el remedio de la suplicación. Véase Gómez de la Serna, "Exposición de Mo- tivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil", p. 37.
- 433) El principio de igualdad ante la ley hizo que la primera L.E.C. suprimie- ra este recurso privilegiado. Gómez de la Serna "Tratado Académico Foren- se de los Procedimientos Judiciales", Madrid, 1.856, T. 2, p. 335.
- 434) Arts. 259 y sig. de la Constitución de 1.812. Véase sobre esto Laso Gay - te, Francisco, "Crónica de la codificación civil española", Madrid 1.972.
- 435) Ya hemos visto al exponer el orden de apelaciones los avances en el S. - XIX del sistema homogéneo de tribunales, pp. 19 , igual que el rendimien-

to definitivo de la jurisdicción señorial por el decreto de Agosto de 1.811, pp. -

(436) Base 1ª de la Ley de Bases para la formación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 13 de mayo de 1.855, recogida en Colección de Decreto de Cortes. T. 20. -

(437) "... la comisión estaba llamada, no a borrar nuestro derecho antiguo, no a destruir nuestras prácticas seculares, sino a ordenar y compilar las leyes y reglas del Enjuiciamiento Civil..." "Exposición de Motivos..." p. - XV. -

(438) Para Beceña "No sería difícil demostrar de una manera general y aún circunstanciadamente, que nuestra Ley de Enjuiciamiento es aún hoy la única supervivencia del sistema del derecho común, llevado a su perfección en el siglo XIII, por los esfuerzos de los canonistas y glosadores, y que, alentadas las reformas efectuadas por meras necesidades políticas, no ha sabido asimilar las construcciones de la ciencia procesal incorporadas en la segunda mitad del siglo último a la generalidad de las legislaciones modernas". "Magistratura de Justicia, Madrid 1.928, p. XXXI; y más recientemente, Jaime Guasp en su "Derecho Procesal Civil" Tomo I, p. 48. -

(439) Pérez y López "Teatro de Legislación..." T. 3, voz apelación, p. 446. -

NOTAS AL CAPITULO II

- (1) Partidas 3, 23, 14; Espéculo 5, 14, 7; Doctrinal 6, 1, 13, Leyes del Estilo 158.
- (2) Partidas 3, 23, 14.
- (3) Ventajas que señalará la literatura jurídica. Vid. Bonifacio en glosas a - Peregrina fo. 44r; Maldonado en "Tractatus..." Tit. 6, q. 12, n. 17, p. - 374; Villadiego en "Instrucción Política..." C. 4, nos 33-45, p. 102-104;= Elizondo en su "Practica..." T. 3, p. 246; Dou y Bassols, "Instituciones"= Art. 3, n. 2, p. 328.
- (4) Texto de Partidas 3, 22, 12 in fine. El Espéculo 5, 13, 10 establece la mayoría de edad a los 20 años, y el Doctrinal 5, 1, 9 (ed. Ureña, p. 311) a los catorce. La Margarita de los pleitos, 14, 4 establece claramente que - "si la sentencia fuere contra el otro por ti bien valdrá". El Fuero Real,= en cuanto a los "locos o desmemoriados" establece la excepción de validez= en intervalos de lucidez: "masx si en algun tiempo cobra su sanidat e su - sentido, el pleito que fiziere en tal tiempo vala, maguer que dispues torne en la locura", F.R. 1, 11, 7.
- (5) Fuero Real 1, 7, 6; Espéculo 4, 2, 7; Partidas 3, 5, 21, Margarita de los Pleitos, 11, 3.
- (6) Partidas 3, 22, 12; Espéculo 5, 13, 15, Doctrinal 1, 1, 9, La Margarita 19, 5. En Partidas 3, 4, 4 se enumeran expresamente "quales non pueden ser juezes, por embargos que ayan en si mismos". Entre los disminuidos físicamente se mencionan ciegos, sordos, mudos y enfermos crónicos, además del "ome - que fuese desatendido e de mal seso"; la causa de exclusión de las mujeres no viene atribuida a su capacidad disminuida sino a razones de honestidad" ("porque non seria cosa guisada que estoviesse entre la muchedumbre de los omes"), y no se aplica a mujeres reinas, condesas o titulares de algún señorío. La causa de exclusión del siervo es que "non avria libre albedrio - para obrar dello". También se mencionan hombres de "mala fama" y clérigos.
- (7) Partidas 3, 22, 12; Espéculo 5, 13, 15; El Doctrinal 5, 1, 6. La Margarita= de los Pleitos, 19, 9, es la única fuente que habla de "jurisdiccion" en este aspecto, las demás al hablar de jurisdicción se refieren a lo que se entiende hoy por competencia. Uno de los tres requisitos de la sentencia perfecta que propone Gregorio López siguiendo a Santo Tomás es "quod iudex ha beat publicam auctoritatem", Glosa a Partidas 3, 22, 1.
- (8) Partidas 3, 22, 12; también El Doctrinal 5, 1, 9 y el Fuero Real 1, 7, 7.
- (9) Partidas 3, 22, 15; Margarita 19, 11.
- (10) Espéculo 5, 13, 11; Partidas 3, 22, 12. La Margarita menciona la nulidad= de una causa en la que un juez lego sentenció sobre materia espiritual (19 7) y el caso inverso, en que un juez eclesiástico conoció de causa seglar - (19, 8).

- 1) Espéculo 5, 13, 11.
- 2) Partidas 3, 22, 15; el Dotrinal 5, 1, 12 y 6, 4, 6. Gregorio López anota - en su glosa a P. 3, 22, 15 que si la sentencia es a favor del muerto "qui= litigavit cum alio super beneficio, nam favore Ecclesiae tenebit sententia lata in favorem mortui...".
- 3) La Peregrina, fol. 440, explica: "et alius ubi potest post mortem de bonis et fama queri".
- 4) Fuero Real 1, 11, 4. El Fuero Juzgo contenía una norma en este sentido pe- ro relativo a las sentencias dadas "con tuerto, o por miedo por mandado - del principe", estableciendo la irresponsabilidad del juez, si este juraba que juzgo "tuerto" por miedo del rey. Pero ahora la "violencia o intimidación" se juzgan objetivamente en razón de su resistibilidad por el indivi- duo. "Fuerza" la definirá Montalvo como "impetus majoris rei cui resisti - non potest", señalando las diferentes clases de "vis": "expulsiva", "abla- tiva", "compulsiva", "turbativa" e "inquietativa" y especificando que de - la vis compulsiva "metus causa parit". Diez de Montalvo, Glosas a Fuero - Real 1, 11, 4. Bonifacio por su parte dividió el miedo en "metus et prop - ter metus". El primero, el relativo a un peligro ajeno a la voluntad huma - na, por ejemplo una tempestad marina, no invalidaba la sentencia. El "prop - ter metus", para causar invalidez debía ser tal que fuese irresistible por "constantem et hominem robustum". Glosas a Peregrina, fo. 438r.
- 5) Partidas 3, 22, 4. No muy lejos, por cierto, del criterio de nuestro art.= 258 de la actual LEC por el cual las horas hábiles son "Las que median des - de la salida a la puesta del soll".
- 6) Partidas 3, 23, 12; Espéculo 5, 13, 11.
- 7) Partidas 3, 2, 33 y 34; Espéculo 4, 2, 7; Fuero Real 2, 5; etc. La Peregrina añade una especialidad "item est nulla sententia die sabbati contra iu- deum lata", fo. 442.
- 8) Partidas 3, 26, 4; Espéculo 5, 13, 15; Dotrinal 6, 14, 5.
- 9) Espéculo 5, 13, 18.
- 0) Partidas 3, 22, 12 y Dotrinal 5, 1, 9.
- 1) Partidas 3, 22, 12 y Margarita 19, 13.
- 2) Partidas 3, 22, 5; sin embargo la Margarita en este tema establece todo lo contrario: la sentencia es nula "si el juez lee la sentencia por otro et - non por si", 9, 16.

- (23) Partidas 3, 22, 12; El Doctrinal 6, 4, 6 y 5, 1, 9. El criterio parece ser= que es inválida la sentencia que se da en contra del ausente, según Bonifa= cio: "non valet sententia lata in damnum absentes... Utrum valeat senten= tia lata pro absente non contumace", glosas a Peregrina fols. 439v y 440.
- (24) Partidas 3, 26, 4; El Doctrinal 6, 4, 5 y Leyes del Estilo 217.
- (25) Digesto 49, 8, 3 pr. y 1.
- (26) Partidas 3, 26, 3 y 22; 12; Doctrina 6, 4, 4.
- (27) Fuero Real 1, 11, 6; el Doctrinal 6, 4, 4.
- (28) Ejemplos del Espéculo 5, 13, 2. El Doctrinal 5, 1, 1 pone otro caso "quando el judgador diese por juyzio que alguno era fijo de otrie, seyendo aquel - que dava por fijo de mayor hedad que el otro que juzgava que era su padre" caso también recogido en Partidas 3, 22, 1.
- (29) Partidas 3, 22, 1; Espéculo 5, 13, 2; Doctrinal 5, 1, 1.
- (30) Partidas 3, 22, 15; también Doctrinal 5, 1, 9 y la Margarita 19, 14. Bonifa= cio en sus glosas a Peregrina fo. 440r, añade "Nunquid valet sententia que continet contraria...".
- (31) Partidas 3, 22, 16. Gregorio López glosando esta ley dice "sententia debet esse conformis libello in tribus, in re, causa et actione", citando a Bal= do.
- (32) Partidas 3, 22, 16 y Doctrinal 5, 1, 13. Si n embargo, añaden estos textos, si la determinación o especificación de la cuantía o la cosa objeto de la= condenación no estuviese declarada en la sentencia pero fuese deducible de las actas del proceso, aquella es válida, pues dice Bonifacio "presumitur= lata facta tácita relatione ad acta", glosas a Peregrina, fo. 440r.
- (33) Partidas 3, 22, 16 y Doctrinal 5, 1, 13. "si iudex pronuntiat ultra petita, sententia est ipso iure nulla", establece Gregorio López en su glosa a esta ley, que parece perfilar ya un concepto de lo que hoy entendemos por con= gruencia positiva..
- (34) La Margarita de los Pleitos, 19, 11.
- (35) Partidas 3, 22, 15 in fine.
- (36) La nulidad por la perpetración del "ordo iudiciorum" aparece como tema en= la glosa desde el temprano "Tractatus de Appellationibus" Superest Videre, atribuido a Irnerio. Vease Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, pp. 32 y - sig.

- (37) Partidas 3, 22, 12; Espéculo 5, 13, 15; El Doctrinal 5, 1, 9 y 6, 4, 6. Margarita 19, 11 y 12 y Partidas 3, 26, 5.
- (38) "non debe valer el juicio que es dado sobre alguna cosa ante que sea fecha demanda et respuesta sobre ella". Partidas 3, 22, 15; también el Doctrinal - 6, 4, 6. Las Partidas 3, 26, 5 que también enuncia la nulidad del proceso= sin trámite de litis contestatio, excluye el pleito de alzada, y Gregorio= López en su glosa lo califica de especialidad: "speciale est in causa appellationis, ut non requiratur in ea litis contestatio".
- (39) "E esto serie como si diesen el juyzio primero e recibiesen después las - proevas", Espéculo 5, 12, 15. La Margarita (19, 11) habla de "resçebir las testimonias"; mientras que las Partidas (3, 22, 15) emplean términos más - vagos: "juicio que diese el judgador non sabiendo la verdat del pleyto, si despues la quisiere saber o pesquereir", a lo cual Gregorio López anota - "probatur hic quod non tenet sententia lata sine mediis probationum , v el assignatione termini ad probandum".
- (40) Ordenamiento de Alcalá, 12, 1.
- (41) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 15, 1 in fine.
- (42) Recopilación 4, 17, 10 y Novisima 11, 16, 2.
- (43) Partidas 3, 26, 5 y 22, 13; Espéculo 5, 13, 15; Fuero Real 2, 2, 2; El Doctrinal 6, 4, 6; La Margarita (19, 6) dice "por dineros o por otra promesa" y Bonifacio en sus glosas a la Peregrina fo. 440r. especifica siguiendo a= Baldo "non solum modo lata per pecuniam: sed etiam alterius rei interventu est nulla".
- (44) Según el Doctrinal 5, 2, 2, el juez "es tenido de pechar al rrey, tres tento de quanto rreçibio, o delo quele prometieron devalo pechar doblado al - rrey". La misma pena se imponía por el Fuero Real (2, 2, 2).
- (45) Montalvo en sus glosas al Fuero Real 2, 2, 2: "Item punitur corrumpens judicem: nam diffidere videtur de justicia, qui corrumpit ministrum justitiae: et idem si corrumpat procuratorem vel advoctatum". Sin embargo una - glosa del aparato acursiano atribuida a Bulgaro, que también había contemplado la posibilidad de corrupción del procurador y abogado del adversario, había afirmado que no acarrea nulidad. Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 35. El Doctrinal establece penas diferentes para el corruptor, dependiendo de que sea el acusador o el acusado. Si es el acusado "deve aver tal pena como sy conoçiese o le fuese provado lo quel ponyen en - la acusacion contra el; ca bien se da entender que era en culpa, pues que se trabajo en corromper el juez con dineros..."; mientras que si es el acusador "deve perder la demanda e dar por quito al acusado..." (Doctrinal 5, = 2, 4). Esta última pena significaba reconocer la validez del procedimiento desenvuelto ante el juez corrupto, y proviene de una constitución de Anto-



nino recogida en el Codex 7, 49, 1, contraria a las simples declaraciones de invalidez de la sentencia venal que hacían otras fuentes romanas (Codex 7, 64, 7 y Novela 124, 2). Esta diversidad equívoca de las fuentes había escindido la Escuela de la Glosa en dos facciones, una representada por Placentino, que admitía la validez de la sentencia venal aunque la consideraba punible, y otra capitaneada por Bulgaro que afirmaba su nulidad, tesis ésta que terminó por prevalecer en la Escuela, (Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 35), y que pasa al Espéculo y a las Partidas.

- (46) Partidas 3, 22, 13; Espéculo 5, 13, 12 y Doctrinal 5, 1, 10.
- (47) Vid. Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, p. 36-37. Los partidarios de la tesis de la impugnabilidad mediante una restitución, principalmente Juan Bassiano y su discípulo Azzo, se habían apoyado en fuentes diversas (C. 7, 58, 3 y D. 42, 1, 33) para evitar admitir la nulidad "ipso iure" imprescindible de toda sentencia basada sobre falso testimonio, tesis que mantenía Placentino en su Summa Codicis.
- (48) Partidas 3, 26, 1; Doctrinal 6, 4, 1 y 2.
- (49) Fuero Judgo 2, 4, 6.
- (50) Fuero Real 2, 8, 13.
- (51) La "restitucion" que adoptan las Partidas, puede pedirse en un plazo de veinte años (P. 3, 22, 13, y P. 3, 26, 2), plazo original respecto del derecho común, que era de cuatro años como anota Gregorio López en sus glosas a esta ley: "nota hoc, quia de iure communi videbatur quando agebatur ad retractationem sententia late per falsos testes vel instrumenta quod erat agendum infra quadriennium petendo restitutionem..." y el plazo de pedir la restitutio in integrum en las Partidas 3, 25, 3, no es tampoco un término fijo: "pueden demandar los menores esta restitucion en todo el tiempo de la menor edad, que es fasta que ayan veinticinco años cumplida mente...".
- (52) D. 49, 8, 1, 2; D. 49, 1, 19; D. 42, 1, 32; C. 7, 64, 2 etc.
- (53) P. Calamandrei "La Cassazione civile", Torino 1.920, T. 1, p. 27-58. De esta misma opinión es Padoa Schioppa, vid. "Richerche..." T. 2, p. 22.
- (54) Orestano "L'appello..." p. 285.
- (55) Vid. Orestano, op. cit., p. 287 y sig.
- (56) Un rescripto de Alejandro Severo (C. 7, 64, 2) contemplaba el caso de una sentencia que declaraba válido el testamento hecho por un puer menor de 14 años (edad mínima para testar en Roma) y la declaraba nula: "nec provocationis auxilium necessarium fuit". Sin embargo en el caso de que el juez

lo hubiese declarado válido por creer que el causante había cumplido 14 - años al testar, la sentencia sería válida aunque apelable. De este texto - se desprendía perfectamente el binomio de error de derecho y error de he - cho.

- (57) La norma del Digesto 49, 8, 1, 2 distinguía a efectos de nulidad el "ius - constitutionis" y el "ius litigatoris".
- (58) Una primera generación de la glosa consideró el carácter deliberado o involuntario de la violación de la ley que hacía el juez - las sentencias "contra ius" pronunciadas en buena fe por el juez eran válidas y apelables. Según Padoa Schioppa, era una actitud respecto del juez de reminiscencia medieval. Vid. "Richerche..." T. 2, p. 25, especialmente nota 10.
- (59) Era una tesis que se apoyaba literalmente en los términos de D. 49, 1, 19, "si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit..."
- (60) Fue principalmente Bulgaro glosando los textos de D. 49, 8, 1, 2 y C. 7, - 64, 2 quien volvió a la distinción entre error de hecho y de derecho, y entre "ius litigationis" y "ius constitutionis". Vid. Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, p. 32, nota 23.
- (61) Véase nota 57. Es C. 7, 64, 2.
- (62) Partidas 3, 26, 3; el Doctrinal 6, 4, 4. Quizás pueda encontrarse un eco vago y lejano de esta norma en el Fuero Judgo, 2, 5, 7 cuando establece que "El pleyto que es fecho entre algunos omnes de cosas que son contra derecho, o de furto o de omizilio, o de otras cosas tales defendidas, ni mandado, ni conveniencia de tales cosas non queremos que valan en nengun tiempo".
- (63) Otro ejemplo ilustrativo que contienen las fuentes respecto de la violación del derecho: "serie el juyzio enque ome libre fuese judgado por siervo e Cristiano que pudiese ser siervo de judio" Partidas 3, 22, 1 y Doctrinal 5, 1, 1.
- (64) Partidas 3, 22, 12. La Margarita hablaba de la sentencia "dada contra ius=scriptum" (19, 2).
- (65) Partidas 3, 26, 3. La nulidad, por otra parte, solo alcanzaba la parte de la sentencia que incurría en la violación del "ius", manteniéndose la validez de lo restante: "Otrosi quando condenasen a algunt home en su juicio - por algunt yerro que hobiese fecho en mayor contia que la ley le manda pechar, non serie valedero el juicio en aquello que fuese demás". Partidas - 3, 26, 4.
- (66) Partidas 3, 22, 14; Doctrinal 5, 1, 2.

- (67) Vid. Lalinde Abadía, Jesús, "La creación del derecho entre los españoles", *AHDE*, 36, 1.966.
- (68) Glosas a Partidas 3, 22, 14: "non enim sumendum est argumentum ab exemplis non esse iudicandum exemplis, nisi quando in consuetudinem transierunt; - quia tunc potius iudicatur ex consuetudine, vel nisi exempla sint bona: - qua tunc sunt Laudanda".
- (69) Partidas 3, 22, 14; *Doctrinal* 5, 1, 11.
- (70) Me remito, cómo siempre, al trabajo de Padoa Schioppa "Richarche..." T. 2, pp. 38 y 43 y a la obra de F. Vasalli "La Sentenza Condizionale" en "Studi giuridici", Roma 1.939, T. 1, pp. 429-454.
- (71) Los pasajes de C. 7, 45, 11 y C. 4, 1, 11, 2 contemplaban la posibilidad - de una sentencia condicionada a un juramento, que podía incluso prestarse = post-sententiam. Justiniano había limitado esta posibilidad (C. 4, 1, 12, = 1) estableciendo que el juramento debía prestarse inmediatamente después - de la sentencia "sub ipso iudice", tal y como lo ha interpretado Vasalli, = "La Sentenza..." p. 419 nota 2.
- (72) D. 49, 4, 1, 5. Ulpiano se plantea el problema del cómputo del plazo para = el caso de la sentencia condicional, si debe hacerse desde que se da la - sentencia o desde que se cumple la condición, y añade "sine quidem non est sub conditione sententia dicenda", pero resuelve que el cómputo del plazo = se haga desde la emisión del fallo.
- (73) La importancia del juramento como medio de prueba en esta época también en Castilla debía ser mucha, a juzgar por las palabras de las Partidas: "Sabida cosa es, que el pleyto es librado por jura... tanto vale como si fuese = acabado por juyzio" (P. 3, 11, 15), contemplando el juramento decisorio - del pleito. Quizás una sentencia condicionada a un juramento del estilo - "si iuraveris et absolvam" podía darse en el ámbito de llamada "jura de - premia", juramento que el juez de oficio pedía a una parte en caso de falta de prueba, y "la parte a quien el juez mandare que la faga, non se puede escusar della en ninguna manera... ca si non quisiere jurar debe ser da do por vencido de aquel pleyto... E jurándolo... deve ser creida la jura: = e librarse por ella el pleyto..." Partida 3, 11, 1.
- (74) Placentino en su *Summa Codicis* (1, 21 si contra ius vel util. publ.), rompe el rigor de la prohibición literal de D. 49, 4, 1, 5, estableciendo que la sentencia condicional debía contarse entre aquellas decisiones que contenían una "modica iniquitas" y era por tanto válida. Accursio en su aparato reproducirá la opinión de Azzo respecto de su validez, pero precisando que la condición debía ser de una naturaleza "quae tangit negotium", según una precisión que había hecho Juan Bassiano. Vid. Padoa Schioppa, "Richarche..." T. 2, p. 41-42, notas 47 y 48.

- (75) La firmeza de la sentencia no admitía la reapertura de la discusión sobre la causa, declarándose nula toda sentencia que se diese sobre cosa juzgada (Partidas 3, 22, 13; Especulo 5, 13, 11; Doctrinal 5, 1, 10; Margarita 19, 10, etc), y el juez no podía entrar a modificar o cambiar los términos de su sentencia una vez dada de forma definitiva "porque tal juicio como es te, pues que una vegada lo hobiere bien o mal juzgado, non lo puede toller ni mudar aquel juez que lo judgó" (Partidas 3, 22, 3), salvando excepción solamente una serie de casos taxativos que nunca afectan "quanto en la de manda principal" (Partidas 3, 22, 4). Este principio de inmutabilidad del fallo definitivo, que ya estaba consignado en algunas fuentes romanas (v. g. C.7, 50, 1; D. 42, 1, 55), marcaba la vinculación del juez a su propia sentencia.
- (76) Partidas 3, 26, 2 y 22, 13 contemplaban el recurso "restitutorio" contra sentencias dadas por corrupción del juez o por falso testimonio como hemos visto antes. Sin embargo otra ley de Partida (3, 22, 19) establece otro recurso restitutorio contra las sentencias de "juicio dado contra el rey o sus personeros, o en pleytos que pertenesciesen a su camara o a su señorfo" en el caso de hallar pruebas fehacientes de falsedad, recurso interponible en el plazo de tres años desde la sentencia. Gregorio López anota a esta ley que se trata de una restitución y que el plazo especial de tres años se debe a Bartolo. La misma ley establece otro recurso de nulidad: "en qualquier tiempo quier si podieren probar que el personero del rey fizo engaño en su pleyto ayudando a la otra parte, porque hobieron de dar el juicio contra él...", recurso "perpetuo... aliquod speciale in fisco, interviniente dolo ejus, qui obtinuit sententiam..." según dirá Gregorio López después, la intervención del dolo y la prevaricación del procurador real, son los requisitos esenciales para este recurso especial, y no interviniendo éstos debe irse por la vía de la restitución.
- (77) A. Skedl, "Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer Geschichtlichen Entwicklung", Leipzig, 1886, pp. 114-138. Seguido por G. Chiovenda, en "Romanesimo e germanesimo nel processo civile", En Saggi di diritto processuale civile, Bologna 1.904, en p. 161 y P. Calamandrei, "La Cassazione Civile...", p. 135-172.
- (78) También para Morel, la "querella nullitatis" aparece tardíamente por obra del derecho canónico, y el primer autor que la menciona específicamente es Durante, en su Speculum, lib 2, part. 3, De Sententia,
- (79) Padoa Schioppa "Ricerche..." T. 2, pp. 43-52.
- (80) Aunque las primeras generaciones de la glosa consideraron que una sentencia nula resultaba convalidada por su posterior apelación, desde la generación de Azzo hasta la glosa acursiana se rechazó esta posibilidad de plano tanto respecto del acto de apelación como de la sentencia de apelación (p. 45-48). Por otra parte, pronto se superó también la prohibición de la revi

sión de la sentencia nula ("contra ius constitutionis") por el mismo juez = a quo (p. 49).

- (81) Ordenamiento de Alcalá, 14, 5.
- (82) Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 15, 2; Recopilación 4, 17, 2; Novísima - 11, 18, 1.
- (83) La imposición de plazo marca la prescriptibilidad de la sentencia nula: "e si fasta los sesenta dias no lo dixiere, que non sea despues oido sobre es ta raçon" (Ord. Alcalá, 14, 5), por lo cual el transcurso del plazo produce firmeza: "alias transiret in rem iudicatam", según Díez de Montalvo, - glosas al Fuero Real, 2, 2, 2. Sin embargo, la nulidad alegada como excepción es perpetua según la máxima de "Temporalia ad agendum sunt perpetua - ad excipiendum". Vid. Elizondo, "Practica..." T. 1, p. 152.
- (84) El texto de Alcalá no dice ante qué juez se debe interponer, pero deduzco = que seguiría la regla ambivalente de la querella nullitatis canónica. Además, la literatura jurídica posterior lo dará por supuesto: Castillo de Bo vadilla "Política..." T. 2, lib. 3, cap. 8, n. 206, p. 204; Cañada "Instituciones..." T. 1, parte 2, cap. 1, nos. 15-18, pp. 220-21. (Aunque Castillo, dice que en el caso de las sentencias dadas por los regimientos, por = razón de su competencia exclusiva, la nulidad no puede interponerse ante = el superior, sino sólo ante él mismo). Según Elizondo la parte siempre pue = de acudir al superior "exceptuando de aquella regla general a la sentencia interlocutoria que el juez inferior tiene la facultad de reponer a instan = cia de parte..." "Practica..." T. 4, p. 246.
- (85) "Prohibita appellatione non prohibetur nullitatis allegatio" Maldonado - "Tractatus..." Tit. 6, q. 9, nº 10, p. 354; y Montalvo el glosas a Fuero - Real 2, 15, 8: "excluditur a remedio appellationis, non tamen excluditur a remedio nullitatis...". La nulidad sin embargo no podía alegarse de senten = cias que no admitían suplicación en las audiencias, como se ordenó más tar = de por una pragmática de Felipe II de 9 de febrero de 1565, recogida en = la Recopilación, 4, 17, 4 y en la Novísima 11, 18, 2.
- (86) "Nullitas cum appellatione et appellatio cum nullitate cumulari valent", - Maldonado, loc. cit. nº 12, p. 354; Covarrubias, "Practicarum Quaestiones", cap. 24, n. 7 in fine y 8, p. ; Scacciae "Tractatus..." q. 19, remed. - 1, concl. 3, n. 1 p.
- (87) "remedium appellationis non tollit desertio appellationis..." Montalvo a - Fuero Real 2, 15, 8. Covarrubias, "Practicarum..." cap. 24, nº 8, p.
- (88) "También se puede hacer uso de la nulidad que contenga la sentencia por in = cidencia de la apelación..." Cañada, "Instituciones..." T. 1, par. 2, Cap. 1, nº 2, p. 216.

- (89) Un autor del siglo XV como Bonifacio ya acepta la posibilidad de examinar la nulidad en vía de apelación: "an iudex appellationis potest de nullitate sententia cognoscere..." glosas a Peregrina fo. 442.
- (90) Es la fórmula prácticamente literal de Azzo en su *Lectura Codicis ad C. 7, 64, 1*, quando prov., l. datam, "dico sententiam ipso iure nullam, vel si qua est, appello"; fórmula hipotética que propone argumentando sobre la posible convalidación de una sentencia nula por apelación en el caso de que el juez ad quem la declara "injusta". Vid. Padoa Schioppa, "Recherche...", T. 2, p. 47, nota 69.
- (91) "hec talis appellatio continet duo contraria, quia unum remedium intenta - tur principaliter, scilicet, remedium appellationis, nullitas autem non videtur intentata per modum libelli, sed incidenter", dice Montalvo (glosas a Fuero Real 2, 15, 8) citando a Baldo en su comentario a C. 7, 64, 1. Sin embargo, parece que esta distinción ya la había hecho Azzo en su *Lectura Codicis ad C. 7, 64, 1*: "causa enim appellationis est principalis quaestio sed incidenter quaeritur an ipsa sententia sit nulla", por lo que parece que la glosa había resuelto esta cuestión ya, como opina Padoa, y el comentario no aporta ninguna novedad esencial en este tema.
- (92) Todas las fórmulas que ofrece Elizondo, por ejemplo, ("Practica...", T. 1, p. 146-153), incluyen siempre esta cláusula.
- (93) El proceso romano respondía a una concepción unitaria, por lo cual la única decisión impugnabile era aquella que decidía finalmente sobre la controversia comprendida en su conjunto: la sentencia definitiva. Vid. Orestano - "L'appello... p. 273 y sig.
- (94) Partidas 3, 22, 2; y Partidas 3, 13, 109, definiciones en los mismos términos: Espéculo 5, 13, 1; Doctrinal 5, 1, 2; Flores del Derecho 3, 1, 3; Estos dos elementos de poner fin al proceso y de determinar el negocio principal que en él se ventila, también figuran en las definiciones de sentencias definitivas que ofrece la literatura jurídica: así en las *Expositio - nes Nominum Legatum*: "Definitiva est quae auditis utriusque partes allegationibus causam terminat et finem imponet negotium" (p. 101) y "Definitiva est quae toti causae finem ponit" (p. 85); la Peregrina: "sententia definitiva finem liti imponens condemnatione vel absolute" (fo. 334); Van Spen "Definitiva proprie dicitur, quia iudex quantum ex se est, finem imponet principali controversiae; ipsamque causam inter partes pendente dirimit, ac definit...", en "Ius Ecclesiasticum..." T. 2, parte 3, tit. 9, n. 3, p. 157; Elizondo "aquella que define la causa y dirige la controversia...", "Practica..." T. 4, p. 244, etc.
- (95) Partidas 3, 23, 13: "Et decimos que de todo juicio afinado se puede alzar cualquier que se toviere por agraviado dél"; también Espéculo 5, 14, 8; Doctrinal 6, 1, 12. Diez de Montalvo en sus glosas al Fuero Real, 2, 15, 1, norma que limitaba la apelabilidad general en los casos de sentencias -

de mínima cuantía y las de los pleitos de "justicia", añade las excepciones de apelaciones expresamente prohibidas por las leyes, o prohibiciones en casos concretos (*appellatione remota*), y los casos en que las partes hubiesen renunciado previamente a la apelación: "*quia majoris potentiae est legis, et partium auctoritas quam iudicis*".

- (96) Partidas 3, 23, 13; Espéculo 5, 14, 11; Doctrinal 6, 1, 12.
- (97) "*Sententia interlocutoria est cum iudex aliquod interloquendo deffinit*" y "... *est quam iudex non residens instructus interloquendo pronunciavit de plano*" dirán las "Expositiones..." pp. 85 y 101 respectivamente. El origen etimológico del término "interlocutoria" hace referencia a la forma verbal que adoptaban estas decisiones, frente a la exigencia del principio de escritura de las definitivas. (Espéculo 5, 3, 5 y Flores del Derecho 3, 1, 3).
- (98) Palabras del Espéculo 5, 13, 3, afines a aquellas de Partidas 3, 23, 13, sobre el "juicio que ficiere el judgador andando por el pleito", sugestivas del iter procesal conducente a la solución definitiva del negocio a lo largo del cual las interlocutorias han de decidir las cuestiones "*in principium, medium, sive finem litis... modo non definicet negotium principale, super quo lis contestata fuit*". Van-Spen, "*Ius Ecclesiasticum*". - T. 2, parte e, Tit. 9, n. 3, p. 157.
- (99) Flores del Derecho, 3, 1, 2; estas "dubdas" según las fuentes son: decisiones sobre la validez del poder del procurador, sobre admisión de pruebas (Partidas 3, 22, 2; Doctrinal 5, 1, 2), denegación de plazo para presentar testigos (Espéculo 5, 13, 1), admisión de la demanda (Flores del Derecho 3, 1, 2) etc. Gregorio López en su glosa a Partidas 3, 22, 2, añade de una serie larga de supuestos entre los cuales figuran decisiones del juez sobre la citación de las partes, deserción de la apelación, desestimatorias de excepción perentoria, revocaciones de atentados, sobre posesión, sobre costas, sentencias de apelación, sobre interlocutorias, etc. etc.
- (100) C. 7, 62, 36; prohibición que la glosa desde el principio había asumido plenamente, con ese adagio atribuido a Bulgaro según el cual "*in principio refutatio, in medio non est locus remedio*". Vid. Padoa Schioppa, "*Ricerche...*" T. 2, pp. 52 y sig. Anterior a la legislación de Justiniano, había habido muchas prohibiciones contra las sentencias interlocutorias en la edad clásica, por ejemplo el Codex Theodosiano está sembrado de ellas: C. th. 11, 36, 15 y 16 del año 364; C. Th. 11, 36, 18 del año 365; C. Th. 11, 36, 23 del año 378.
- (101) Partidas 3, 23, 13; Espéculo 5, 14, 11; Doctrinal 6, 1, 12. Esta es la razón que Azzo en su *Lectura Codicis* (ad. C. 7, 69, 1 si de *possess. et eius mom.*, l. cum. nr. 4) había alegado para justificar la prohibición de las apelaciones a causas posesorias: "*quia eadem causa plenius examinabi-*

tur in causa proprietatis..."; la misma argumentación nos ofrece Bonifacio en su glosa a Peregrina, fo. 43; añadiendo que "non potest appellari: - quia non parat preiudicium in via iuris sed solum in via facti...", y Mal donado en su "Tradtatus..." (Tit. 3, q. 10, n. 1, p. 162): "quia praejudi- cium proveniens ex sententia lata in possessorio per petitorium reparari= potest..."; también Montalvo en glosas a Fuero Real 2, 15, 1. La senten- cia sobre la posesión, habitualmente considerada de naturaleza interlocu- toria, no era en sí apelable, puesto que siempre podía recurrirse en el - juicio definitivo sobre la propiedad.

- (102) "E aun despues del tercer día si alguna de las partes se alzo por que en- tendie quel agraviava. E esto puede fazer ante que el pleito venga ante - aquel que ha de judgar el alzada..." Espéculo 5, 13, 3; también las Parti- das 3, 22, 2 consideran que el juez lo puede "toller e emendar por alguna razon derecha..." La razón de esta facultad consiste en que el juez toda- vía tiene jurisdicción plena en la causa, y por tanto "indistinctex po- test revocari iurisdictione non consumpta", según Bonifacio en glosas a - Peregrina fo. 436. Sin embargo, esta revocación no puede ser arbitraria,= sino que debe responder a una "iusta causa", sin la cual la revocación - "dicitur partem gravare et appellari poterit", según Gregorio López en - sus glosas a Partidas 3, 22, 2.
- (103) Una constitución de Valentiniano (C. 1, 4, 2) había contemplado ya la - "frustratoria dilatio" y la pena a cargo del apelante. La glosa había re- petido todas estas ideas, ratificando la nulidad de estas apelaciones, y= su condición de frustratorias. Entre nuestros autores, Bonifacio había re- cogido este tema: "Nota generale quod nullus ante sententiam potest frus- tratorie appellare: et sic appellans punitur pena quinquaginta librarum ar- genti (glosas a Peregrina, fo. 42r.), texto que parece seguir a una glosa de Martino de Fanno: "si enim aliquis ante diffinitivam sententiam frus- tratorie dilationis causa appellaverit, mulctam L. librarum argenti susti- nebit" (gl. ne lites, ad C. 3, 1, 16 de iudic., L. appertisimi, en "Die - Glossen des Irnerius", de Pescatore, p. 59, citada por Padoa Schioppa, - "Richerche...", p. 53, nota 85).
- (104) Partidas 3, 23, 13; Doctrinal 6, 1, 12. La apelabilidad de la interlocuto- ria de tortura figuraba ya en un pasaje de Scaevola en el Digesto (D. 49, 5, 2) que la glosa recogió junto con otras decisiones "ante diffinitivam" como las apelaciones que condenaban a la restitución de un bien, y poste- riormente a su indemnización, o las que decidían sobre la edad, conside- rando que todas estas decisiones podían producir perjuicios irreparables= para la parte. Vid. Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, pp. 56-58.
- (105) "Dicis aut infertur tale gravamen quod etiam post sententiam possit repa- rari per appellationem a diffinitiva tunc non appellatur ab interlocuto- ria: et hoc abbreviandarum litium. Sed si est tale gravamen quod non po- test reparari ut tortura: tunc bene potest appellari..." como dice Bonifa- cio en sus glosas a la Peregrina, fo. 42r.



- (106) Decretales lib. 2, tit. 28, capítulos 10, 11, 12, 47, 48, 59, 60.
- (107) Partidas 3, 23, 13; Espéculo 5, 14, 11; Doctrinal 6, 1, 12. "sed de iure - canonico non valet ista distinctio: quia omnis gravatis potest appellari", dirá Bonifacio, en glosas a Peregrina, fo. 42r.
- (108) El Fuero Real, 2, 15, 1, permitía apelar "quier sea de juicio acabado, - quier otro sobre cosas que acaescen en el pleyto...", con la limitación - de las causas de pequeña cuantía, y de las causas criminales. La influencia de la práctica canónica es muy difícil de aseverar: sólo podemos apoyarnos en el hecho de que la apelabilidad abierta a cualquier acto o decisión del juez "ante sententiam", era una innovación de este derecho. Montalvo, glosando esta ley del Fuero Real, también la asocia directamente - al derecho canónico.
- (109) Leyes del Estilo, 170: "si habiendo dos omes pleyto en uno, el alcalde - que oye el pleyto diese alguna su carta en el pleyto, que entienda alguna de las partes, que es contra su derecho, si la carta es enviada o dada - por el alcalde, non se debe ni puede esta parte alzar. Ca en salvo le finca adelante para poner por si contra aquello que se fizo, porque la carta contradecir puede de derecho; mas si manda el alcalde dar su carta, et ante que la diese nin la enviase, se alzase puede lo fazer, et avrie lograr do se podrie alzar si entiende que ha agravio en ello". Es un texto un tanto enigmático y de difícil interpretación, pues si bien en principio - excluye la apelación antes de la sentencia definitiva, parece que permite una especie de alzada a gravamen futuro ("timeo me graves") "ante diffinitivam". Por otra parte, los glosadores habían permitido un cierto margen para las interlocutorias que contuviesen un gravamen evidente o que violasen la ley: "ab interlocutoria appellari non potest, nisi manifestum gravamen in se contineat et si lata sit contra leges", dice el Formulario de Martino de Fano (ed. Wahrmund, Quellen I, 8, p. 9, citado por Padoa en "Richerche..." T. 2, p. 61, nota 101). Quizás deba interpretarse esta ley del Estilo en este sentido.
- (110) Espéculo 5, 14, 8 hablaba de poderse apelar "tan bien del juyzio afinado= como do tro mandamiento...", y en el 5, 14, 11 permitía la alzada de cualquier interlocutoria en términos contradictorios "...bien puede fazer alzada mas non la puede tomar, fueras ende quando el judgador mandase a alguno dar tormento... etc".
- (111) Cortes de Valladolid de 1312, C.L.C., T.1, pet 29, p.204.
- (112) Ordenamiento de Alcalá, 13, 1.
- (113) La Ley de Alcalá habla de "defension perentoria", el término de "excepción" será utilizado por la literatura: véase por ejemplo, Bonifacio en glosas a Peregrina fo. 44, Montalvo en su "Secunda Compilatio Legem..." - fo. 7v. etc.

- (114) Esta excepción a la inapelabilidad de interlocutorias no era nueva en la ley de Alcalá, sino que provenía ya de las Cortes de Valladolid de 1.312= antes citadas.
- (115) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 4; Recopilación 4, 18, 3 y Novísima= 11, 20, 23. Los autores la mencionan siempre como ley clave en la materia desde Infante en su "Forma Libellandi" en el Siglo XVI (fo. 3r) hasta Pérez y López en su "Teatro". (T.3, p. 484) de fines del XVIII.
- (116) "Quandocumque per interlocutoriam infertur gravamen, quod non potest reparari per appellationem a diffinitiva... vel quando post interlocutoria - non speretur diffinitiva" resume Montalvo en su glosa al Fuero Real 2, - 15, 1.
- (117) La idea del gravamen irreparable proviene originalmente de la consideración de la tortura judicial y sus consecuencias irrevocables. Lancelotte= ofrece una definición breve y relevante: "Dicitur autem gravamen irreparable, quando continet factum, quia cum infectum fieri non possit, habetur pro irreparabili..." ("Tractatus..." part. 2, limit. 1, nº 103, p. 231).= Scaccia concierta que aunque el perjuicio pueda repararse en la definitiva "sed cum magna difficultate, seu non sine magno preiudicio", todavía - puede hablarse de irreparabilidad. "Tractatus..." q. 17, limit. 47, nº - 90, p. 496. La apelabilidad de la interlocutoria "cuyo agravio no se pudo diere reparar en la definitiva", será en adelante un criterio asumido - por las fuentes: véase por ejemplo una norma de las Cortes de Toledo de - 1.502, recogida en la Recopilación 2,7,10.
- (118) Montalvo en "Secunda compilatio..." fo. 7v; Villadiego "Instrucción..."
- (119) Montalvo en loc. cit., y Cáncer citado por Dou y Bassols "Instituciones..." T. 6, n. 40, p. 343.
- (120) Montalvo, loc. cit.; Villadiego, loc. cit.; Bonifacio en glosas a Peregrina, fo. 44.
- (121) Maldonado, "Tractatus...", Tit. 3, q. 9, nº 12, p. 158. Scaccia en su "Tractatus..." (q. 17, lim. 47, n. 90, p. 496) añade aquellas sentencias= que admiten un "libellus ineptum", o las que aprueban una "inquisitione male formate". Castillo de Bovadilla propone otro ejemplo "la interlocutoria... que... si por no absolver y declarar posiciones claras y abiertamente fuese alguno de los litigantes habido por confeso..." "Política..." T. 2, lib. 3, cap. 8, p. 218.
- (122) Montalvo, loc. cit., y Dou y Bassols (loc. cit.) reportando opiniones de Cáncer.
- (123) Otra vez Montalvo, (loc. cit.) y Dou (loc. cit.).

- (124) Elizondo, ("Practica..." T. 4, p. 244), propone este criterio de asociación de ideas que por otra parte es obvio. En otra parte de la obra (T. 6 p. 102) establece una clasificación de interlocutorias apelables según versen: 1) sobre incidentes de la causa (como orden de emendar el libelo, concesión de dilaciones en términos de prueba etc.) ó 2) sobre interlocutorias que tengan fuerza de definitiva y de cosa juzgada.
- (125) Las sesiones 13, c. 1, y 24, c. 20 del Concilio de Trento las cita como reformistas en esta materia Van-Spen "De Ius Ecclesiastici..." T. 2, Part. 3, tit. 9, nº 7, p. 158.
- (126) Art. 65 y 67 de la L.E.C. de 1855. Como anota Ortiz de Zúñiga en su "Práctica General Forense", Madrid 1.861, Tomo 2, p. 191, estos dos artículos= derogaban totalmente la legislación de las Partidas (P. 3, 23, 13) y la de la Novísima Recopilación (11, 20, 23) que recogía todavía la Ley de Alcalá.
- (127) Según nos explica Gómez de la Serna en su "Exposición de Motivos..." p. 34.
- (128) Gómez de la Serna, "Tratado..." T. 2, p. 334.
- (129) A efectos del recurso de casación, el art. 1690 de la L.E.C., considera como definitivas a las sentencias que "recaiendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación".
- (130) Codex 7, 65, 2.
- (131) D. 49, 1, 16, pasaje del Modestino que mencionaba a los "insignes latrones vel seditionum concitatores vel duces factionum"; y otro texto de Ulpiano en D. 28, 3, 6, 9 hablaba de "latro manifestus vel seditio praerupta factioque cruenta vel alia iusta causa".
- (132) El Fuero Juzgo ennumera una serie de personas "non gratas", a las que prohíbe ser testigos, que coinciden prácticamente con los delitos ennumera dos por C. 7, 65, 2: "Los omizeros, e los sorteros, e los siervos, e los ladrones, e los pecadores, e los que dan yervas, e los que fuerzan las mujeres, e los que dixieron falso testimonio, e los que van por pedir con seio a las sorteras..." F. J. 2, 4, 1.
- (133) Fuero Real 2, 15, 1.
- (134) Leyes del Estilo 101 y 163.
- (135) Carta fechada en 1307 (era hispánica, es decir, en 1.269) recogida en las Leyes Nuevas, ed. Real Academia de la Historia, p. 203. Supongo está interpretando la norma del Fuero Real 2, 15, 1, en primer lugar porque este texto fue otorgado a Burgos como derecho municipal en 1.256, a cuyos al-

caldes se dirige la carta real y en segundo lugar porque las palabras de la carta lo inducen "...Et de lo al que dizen que manda el fuero, que en pleyto de iustizie que non aya alzada..."

- (136) Azzo en su *Lectura Codicis* ad. C. 7, 65, 2, l. *observare*. *Accursio* incluso extendió la prohibición de apelar al reo "*convicti confessique*" a las causas pecuniarias. Vid. Padoa Schioppa "*Richerche...*" T. 2, p. 78, notas 154 y 155.
- (137) Placentino en su *Summa Codicis*, 7, 65 *quorum appell non recip*; y Azzo en *Summa Codicis*, *ibid.*, nr. 3. La glosa *accursiana* (gl. *propria*, ad C. 7, - 65, 2, l. *observare*) es la que recoge la opinión de que basta la prueba plena del delito para que sea inapelable, opinión que restringía considerablemente el principio romano que exigía prueba plena y confesión, para excluir la posibilidad de recurrir.
- (138) Texto de Partidas 3, 23, 16; en términos prácticamente iguales *Espéculo* - 5, 14, 11; *Doctrinal* 6, 1, 15. y *Flores del Derecho* 3, 2, 6.
- (139) "*quia ipsos statim punire publice interest*", Montalvo en glosas al *Fuero Real* 2, 15, 1. Esta idea del interés público había sido ya alegada por *Mo* destino en D. 49, 1, 16.
- (140) Castillo de Bovadilla, "*Política...*" T. 2, lib. 5, cap. 3, n. 83, p. 648, pues "*conviene mucho a la República, no diferir el castigo de ellos...*"
- (141) Bonifacio en glosas a la *Peregrina* fo. 41; Montalvo, glosas al *Fuero Real* 2, 15, 1; Salgado "*Tractatus de Regia Protectione...*" pars. 3, cap. 14, - n. 6, p. 469.
- (142) Bonifacio, glosas a *Peregrina*, fo. 41. Véase también la defensa que de la vida humana hace Castillo de Bovadilla, al exhortar a los jueces para que otorguen apelaciones de sentencias de muerte, "*Política...*" T. 1, lib 2, = Cap. 21, p. 699-700.
- (143) Las primeras generaciones de glosadores, especialmente Irnerio, Búlgaro y Placentino habían consignado la inapelabilidad del reo "*convicti confessique*", en una interpretación del C. 7; 65, 2, que se salía del contexto original de la norma. Vid. Padoa Schioppa, "*Richerche...*" T. 2, p. 75.
- (144) Las *Flores del Derecho* (3, 2, 6), es el único texto que se refiere a esta regla: "*Mas otros criminosos quales quier que sean acussados de algunos malos fechos, e fueren vencidos por testigos opor confession que fagan con penas queles den, e fueren condenados delos por sentencia puedan appellar. Mas se confessaren aquellos fechos por sua sana voluntad e non faciendoles pena, e fueren delos condemnados por sentencia, non pueden appellar*". Gregorio López, comentando la Partida 3, 23, 16 dice "*Et sic est speciale in istis criminibus, ut sufficiat alterum, scilicet esse convictum vel confessum, alias non audiar appellans*".

- (145) La procedencia directa de esta restricción viene de una glosa del aparato accursiano ya citada en la nota (132). Según Montalvo (glosas a F.R. 2, - 2, 2) la sentencia penal "fecit ex causa que erat confessus, et liquebat de crimine... quia sententia transit in rem judicatam..."
- (146) Una glosa del aparato acursiano había especificado que la confesión del reo no valía si se hacía bajo tormento, aunque si se ratificaba después, = "extra tormenta", si resultaba válida a efectos de excluir la apelación; = glosa aliquid dixerit, ad. C. 7, 65, 2 quorum appell. non recip., l. ob - servare, idea que había sido plenamente aceptada por los autores y que ha - bía pasado a los textos legales. Las Flores del Derecho hablan de confe - sión "non faziendoles pena" (3, 2, 6); Bonifacio en glosas a Peregrina - fo. 41: "Confessum intellige non metu tormentorum"; Gregorio López (en - glosas a Partidas 3, 23, 16): "Requiritur ad hoc ut sponte confiteatur" y se entiende que se trata de la confesión "quae fieret ante sententiam", - dice siguiendo a Bartolo, aunque esta especificación la había hecho Juan - Bassiano. (Vid. Padoa Schioppa, "Ricerche..." T. 2, p. 76). Este princi - pio de libre voluntad en la confesión del reo estaría destinado a perdu - rar siglos: Elizondo para quien la confesión es un medio perentorio de - prueba: "ha de ser libre y espontánea, bien adminiculada, por no ser el - hombre dueño de sus miembros...", "Practica..." T. 6, p. 117.
- (147) Castillo de Bovadilla citando la Ley de Partida 7, 30, 4. Pero según Mon - talvo (glosa a Fuero Real 2, 15, 1) también existe la posibilidad de revo - car la confesión hecha bajo tormento y según Villadiego, aunque la confe - sión del reo fuese espontánea, si el reo prueba posteriormente que incu - rrió en error de hecho su confesión no vale a efectos de inapelabilidad, = "Instruccion..." C. 4, n. 1, p. 98.
- (148) Según Partidas 3, 23, 16 y Espéculo 5, 14, 11 para Castillo de Bovadilla = el número de testigos es dos o tres, según las palabras de San Mateo, - cap. 18, versículo 16: "pues de Derecho Divino y Humano es, que en el di - cho de dos, o tres testigos esté toda verdad y palabra", "Politica..." T. 2, lib. 5, Cap. 3, p. 649. Elizondo hablará de "testigos idóneos, los cua - les se llamarán tales que no pueda oponérseles excepción alguna para repe - ler sus dichos..." "Práctica..." T. 6, p. 117.
- (149) Palabras de Partidas 7, 1, 26, que repetirán numerosos autores: Bonifacio a Peregrina fo. 41 "si autem probationes non sunt luce clariores sed du - bie: tunc audietur appellans"; Igualmente Montalvo en glosas a Fuero Real 2, 15, 1; Castillo en "Politica..." T. 1, lib. 2, Cap. 21 pp. 699-700, - etc. La evidencia del delito podía ser tan obvia, que sin la confesión - del reo podía excluirse la apelación, éste era el caso de los "delitos no - torios", que según Castillo "será el que se cometió en presencia del Pue - blo, o de la mayor parte de él..." probándose esta "calidad de notoriedad con dos testigos..." "Politica..." T. 2, lib. 5, Cap. 3, n. 85, p. 644.
- (150) Como dice Elizondo, en su "Practica..." T. 6, p. 117.

- (151) La exclusión de la apelación por "convicción y confesión" se entendía sólo respecto de las penas establecidas específicamente por la ley, y no en aquellas penas arbitrarias, según Castillo de Bovadilla en "Politica...", T. 1, lib. 2, Cap. 21, nº 143, p. 684-85.
- (152) El autor de esta interpretación extensiva fue originalmente Accursio (gl. propria, ad C. 7, 65, 2 quorum appell. non recip. l. observare: "... idem videtur in caeteris (criminibus), et idem in pecunariis causis" T. 2, p.= 78). Esta glosa fue recogida por Bonifacio comentando a la Peregrina fo.= 41r, y repetida la idea por autores tan extendidos como Covarrubias ("Practicarum..." Cap. 23, n. 5, p. 602) y Salgado de Somoza ("Tractatus..." Pars. 3, Cap. 14, n. 10, p. 464).
- (153) Castillo de Bovadilla, "Politica..." T. 2, lib. 5, Cap. 3, nº 84, p. 648.
- (154) Partidas 7, 31, 8.
- (155) Cortes de Madrigal de 1.476, C.L.C. T. 4, pet. 1, pp. 2-11.
- (156) Auto 3, tit. 11, lib. 8, Felipe IV en Madrid a 15 de junio y 6 de julio - de 1.664, por pragmática, Colección de Autos Acordados, Tomo 3, p. 367. - Esta ley ordenaba que la sentencia fuese ejecutada "como sentencias en co sa juzgada vere et non ficta, y sin embargo de apelación..."
- (157) Recopilación 4, 10, 3 establecía que los reos ausentes o rebeldes, una vez capturados y presos debían ser oídos en cuanto a las penas corporales, y las penas pecuniarias no se ejecutarían hasta un año después de dar la sentencia.
- (158) Cédula de 27 de mayo de 1.723, recogida por Santos Sánchez "Extracto puntual de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares y Autos Acordados publicados en el reinado de Carlos III (1.760-1.788)", Madrid - 1.792, tomo 2, p. 157.
- (159) Véase la nota nº 107 al primer capítulo de este trabajo.
- (160) De las peticiones de Cortes se extrae una imagen sombría y algunas veces malévola de estos Alcaldes de Hermandad: sus constantes negativas a otorgar apelaciones para los Corregidores o Alcaldes de Adelantamiento (que desde las Cortes de Toledo de 1.524 eran competentes en segunda instancia en causas penales hasta la cuantía de 6.000 maravedís, siempre que no contuvieran penas corporales), mediante la técnica de imponer penas de destierro voluntario o por un día. Véanse Cortes de Madrid de 1.528, C.L.C. T. 4, pet. 89, p. 492 y Cortes de Valladolid 1.548, C.L.C. T. 5, pet. 24, p. 376, etc.).
- (161) Los procuradores piden frecuentemente que haya otra instancia después de "la revista de los Alcaldes", al igual que existe para el procedimiento -

- civil la segunda suplicación. Véase, por ejemplo, Cortes de Toledo de 1.538, C.L.C. T. 5, pet. 69, p. 136. Pero desde las Cortes de Toledo de 1.480 (C.L.C. T. 4, pet. 42, pp. 124-6) se había establecido que de las sentencias de los Alcaldes no podía haber apelación sino sólo una suplicación ante los mismos.
- (162) Vid. Cortes de Madrid de 1.534, C.L.C. T. 4, pet. 83, pp. 604-5 y Cortes de Valladolid de 1.558, C.L.C. T. 5, pet. 53, p. 761. Esta norma se recogió en la Nueva Recopilación 4, 18, 16 y en la Novísima 11, 20, 14.
- (163) Constitución de 1.812, Tit. V, cap. II.
- (164) Las penas corporales, según el art. 11 del Reglamento de 1.835, eran "además de la capital, la de azotes, verguenzas, bombas, galeras, minas arsenales, presidio, obras públicas, destierro del Reino, prisión o reclusión por más de seis meses".
- (165) "Otrosi decimos que cuando los jueces de avenencia dan su juicio contra alguna de las partes que metieron el pleyto en su mano, que non se puede alzar de ellos la parte que se toviere por agraviada..." Partidas 3, 23, 18; también Espéculo 5, 14, 11; Doctrinal 6, 1, 16; Flores del Derecho 3, 2, 3. En otros términos también lo prohíben Partidas 3, 4, 35; Doctrinal 1, 4, 7, etc.
- (166) Vid. al respecto Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, pp. 80-88. La glosa se aferró principalmente a la prohibición que Caracalla había establecido en una constitución del a. 213 recogida en el Codex C. 2, 55, 1.
- (167) Partidas 3, 4, 23; Espéculo 4, 2, 10; Doctrinal 1, 4, 1.
- (168) Partidas 3, 23, 18 in fine; Doctrinal 6, 1, 16. Esta reclamación contra la enemistad manifiesta del árbitro según un pasaje de Paulo en el Digesto = (D. 4, 8, 32, 14) se hacía mediante una "excepcion de dolo malo", por la cual resultaba posible revocar la sentencia arbitral.
- (169) Partidas 3, 23, 18.
- (170) El árbitro es únicamente un "judgador de alvedrio que es escogido para librar algunt pleyto señalado con otorgamiento de las partes", dirán las Partidas (P. 3, 4, 1) por lo que no tienen jurisdicción ni propia ni delegada, sino sólo el encargo de resolver un litigio entre las partes que le escogieron, según las "Expositiones Nominum Legatium" (p. 89), y están equiparadas en su falta de jurisdicción a las personas privadas, como dirá Bonifacio en sus glosas a Peregrina, fo. 45. La glosa había basado la inapelabilidad de la sentencia arbitral en su falta de "vis rei iudicata", y en su "vilitas" o poca importancia: Azzo en su Lectura ad Codicem 2, 55, 1 dirá "cum arbitri sententia non liget plus quam aliquod filium tenuissimum ligaret hominem", por lo cual "non est enim rescindente possum -

quod ne non ligat". Vid Padoa loc. cit. p. 82.

- (171) "quien non se pagare dél peche la pena que fue puesta et después non sera tenuto de obedescerla" Partidas 3, 4, 35; Doctrinal 1, 4, 7.
- (172) "et si alguna de las partes pidiese después al juez ordinario del lugar - que la fiziese cumplir, débelo facer también como si fuese dada por otro juez de aquellos que han poder de oír et de librar todos los pleytos", - Partidas 3, 4, 35. Esta limitación a la inobservancia de la decisión arbitral había sido impuesta por Justiniano (Codex 2, 55, 5, pr. 1), por la cual resultaba que pasados los diez días, y suscrita la sentencia por las partes, surgiría de ésta una "actio in factum" a favor del actor vencedor, y una "exceptio" en favor del demandado absuelto, después de lo cual se excluía cualquier reexamen de la causa.
- (173) Partidas 3, 4, 23; Espéculo 4, 2, 10; Doctrinal 1, 4, 1. Todas las citas - que siguen en el párrafo son de la ley de Partidas. Curiosamente, Padoa - Schioppa, al que venimos citando incesantemente, en búsqueda de precedentes de las leyes de nuestras fuentes bajomedievales, por creer que éstas son un producto típico de la recepción del derecho común elaborado por la glosa, no estudia esta distinción, y asegura que no aparecerá hasta la segunda mitad del siglo XIII, de mano de la práctica y de la influencia del derecho canónico. Si refiere sin embargo una distinción, a mi juicio capital, que hizo Alberico, entre un arbitraje conferido por las partes a una persona titular de una jurisdicción -cuya decisión sería apelable- y un arbitraje confiado a una persona privada nominada por las partes, del cual no cabría apelación. (Vid. "Recherche..." T. 2, p. 84, nota 168). Quizás sería posible que esta "distinctio" fuese el origen de la posterior diferenciación entre arbiter y arbitrator.
- (174) Según Salvioli, fue principalmente Bartolo quien reelaboró el remedio de la "reductio ad arbitrium boni viri" afirmando que del laudo arbitratorio nacía una acción al igual que ocurría con la sentencia del juez. Este remedio de la "reductio" se intentó hacer derivar de la legislación romana, aunque ésta disponía todo lo contrario respecto la posibilidad de reforma de la sentencia arbitral, "Storia della procedura..." T. 2, p. 188-189.
- (175) Así lo refieren los comentaristas (Salvioli, loc. cit. p. 188) y por ende nuestros juristas. Por ejemplo, Gregorio López comentando las Partidas 3, 4, 23 dice "... boni viri... non vidi nec servari in practica: sed tantum cognoscit iudex, prout est iure communi, sine electione istorum virorum - ...". Siguiendo el principio gradatim, la apelación debía interponerse ante el "superiorem ipsius arbitri sententiantis" como dirá Azevedo en "Comentarii..." a Recopilación 4, 21, 4 p. 538, pero esto se interpretó a favor del juez ordinario de primera instancia.
- (176) Bartolo estableció que la diferencia más importante entre el "arbiter" y el "arbitrator" consistía precisamente en la posibilidad de reclamar con-



tra la sentencia de este último, mientras que el laudo arbitral era irrecurrible. Montalvo, en sus glosas al Fuero Real 2, 15, 1 dice que la razón de inapelabilidad del laudo arbitral consistía en que las partes "*pro mittit stare sententiae... sed in laudis arbitratorum tali verba non prae judicant, quando possit peti reductio ad arbitrium boni viri...*"; Azevedo asimismo "... ex quo alia elicitur differentia scilicet, quod reductionibus verbum ad arbitrium boni viri non interponitur sententia arbitri sed a mandato et iudicio arbitratoris, quod quidem mandatur laudum vocatur, non vero proprie sententia..." en "*Comentarii juris Civilis...*" T. 2, a 1.4, tit. 21, lib. 4 Recap., p. 527.

- (177) Ordenanzas de Madrid de 1.505, cap. 45 y Cortes de Toledo de 1.539, pet.= 49, recogidas por la Recopilación 4, 21, 4 y por la Novísima 11, 17; 4.
- (178) Esta posibilidad de apelar de la "reductio" era una innovación notable, - pues la doctrina contemporánea siguiendo a los Bartolistas estaba afirmando su irrecurribilidad. Véase por ejemplo Montalvo en glosas al Fuero Real, 2, 15, 1: "*a sententia iudicis lata, super petitione de reduciendo arbitramentum, ad arbitrium boni viri non potest appellari, nam ab arbitramento non appellatur, nec a sententia quod super eo fertur*".
- (179) Azevedo, en "*Comentarii...*" a Recopilación 4, 21, 4, p. 540, especialmente nº 167. También Elizondo, en "*Practica...*" T. 4, p. 26. Esta deducción venía dada a sensu contrario de la ley de Madrid (Recopilación 4, 21, 4), que exigía para la ejecución de la parte interesada se personara ante el juez "presentándose el compromiso, i sentencia signada por el Escrivano público, i pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso, i sobre las cosas, sobre que fue comprometido...", requisitos todos ellos indispensables para la validez de la sentencia arbitral.
- (180) Azevedo en comentarios a Recopilación 4, 21, 4, "*Comentarii...*" p. 528 y Gregorio López en glosas a Partidas 3, 4, 35. Sin embargo, este último refiere que el plazo para interponer la "*Reductio ad arbitrium boni viri*" era de diez días siguiendo a esta ley de partida, aunque contrariaba el plazo de 30 años que comentaristas tan importantes como Bartolo y Durante habían establecido para la firmeza del laudo arbitratorio.
- (181) Gregorio López (glosas a Partidas 3, 4, 35) se pregunta si el pago de la pena comprometida sigue estando vigente como requisito para apelar, después de la disposición de Madrid, y responde afirmativamente: "*quod sic, si in compromisso non fuit possita clausula rato manente arbitro*".
- (182) El título 15 estaba dedicado al juicio Arbitral (arts. 770-818) y el título 16 al de Amigables componedores (arts. 819-836).
- (183) Arts. 809 y 814. El art. 810 señalaba que la apelación podía interponerse por razón del agravio que comportaba la sentencia, o bien por incurrir en alguna causa de nulidad.

- (184) Art. 815.
- (185) Art. 813. En el art. 774, entre las menciones indispensables de la escritura pública en que necesariamente debía formalizarse el compromiso figuraban dos multas: una multa que pagaría la parte que incumpliera "los actos indispensables para la realización del compromiso" (774,6), y otra multa específica que debería pagar "el que se alzare del fallo" (774,7).
- (186) Art. 816. El recurso de casación procedía tanto si la sentencia de la Audiencia resultaba confirmatoria o revocatoria del fallo de los árbitros. En la ley de la Recopilación 4, 21, 4, contra la sentencia confirmatoria de la Audiencia no cabía recurso alguno, mientras que contra la revocatoria cabía la suplicación ante los mismos.
- (187) Gómez de la Serna en su "Exposición de Motivos..." p. 158 asegura que la innovación de la LEC consiste en permitir libremente la apelación de toda sentencia arbitral, sin la necesidad de que las partes se reservasen previamente el derecho a ello, como venía pasando. Sin embargo, yo no he encontrado en ninguna parte referencias a tal reserva, aunque no descarto la posibilidad de que tal cláusula de "reserva del derecho de apelación" fuese una institución viva en la práctica procesal, que la Comisión de codificación considerase importante extirpar.
- (188) Art. 836. Según Gómez de la Serna "desde el momento en que se da el laudo tiene la fuerza de homologado, y es por tanto inapelable... (pues de otra manera)... el juicio de amigables compondores pierde la mayor parte de su importancia". "Exposición de Motivos..." p. 156.
- (189) Gómez de la Serna, loc. cit. Nótese que la utilización del término "irreductible" hace referencia a la antigua "reductio ad arbitrium boni viri", que ya no tiene lugar.
- (190) Arts. 818-823 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.
- (191) Art. 823.
- (192) Art. 820. En caso de adhesión del apelado, éste devolvería al apelante el importe de la multa que de él había recibido, "con el interés legal".
- (193) Art. 836 hacia una remisión general al tit. 21 de la ley que regulaba el recurso de casación.
- (194) Art. 838. Palabras similares a las de la Recopilación 4, 21, 4: "i presentandose el compromisso, i sentencia signada del Escrivano publico..."
- (195) Art. 839: "si el que lo pidriere presta fianza bastante... para responder de lo que hubiere recibido y de las costas en el caso de que llegara a declararse la casación". Y la Recopilación (4, 21, 4) "... haciendo obliga-

ción i dando fianzas, llanas y abonadas... de tornar, i restituir lo que= uviere rescebido por virtud de la tal sentencia con los frutos, i rentas, según que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada..."

- (196) La citada Ley de Recopilación 4, 21, 4. La esencial diferencia estaba clara, en que ésta sólo contemplaba un recurso de apelación para la Audiencia, mientras que ahora se establecía la Casación ante el Tribunal Supremo.
- (197) Partidas 3, 23, 8; Espéculo 5, 14, 7; Doctrinal 6, 1, 8; Flores del Derecho 3, 2, 5.
- (198) Los cargos públicos municipales que señalan a este efecto los autores son muy variados: la custodia de la puerta de la ciudad o el acueducto (Gregorio López, glosas a Partidas 3, 23, 8) y "El mayordomo de la ciudad y receptor del pósito y de bulas, el mesonero, y el verdugo y muchos otros..." según Castillo de Bovadilla en "Politica..." T. 1, lib. 1, cap. 16, nos. 46-47, p. 197-98.
- (199) Sin embargo las apelaciones a privación o suspensión de oficio si producen efecto suspensivo según opinión mayoritaria de la doctrina: vid. Castillo de Bovadilla, "Politica..." T. 2, lib. 5, Cap. 1, n. 191, p. 546; - Maldonado "Tractatus..." Tit. 3, q. 7, n. 6, p. 140-141; Elizondo "Practica..." T. 6, p. 109.
- (200) Codex Theodosianus 11, 30, 12 y Codex Justiniani 1, 56, 1. La norma del Codex Th. especificaba que contra el nombramiento de "munus", debía interponerse "querimonia" y no apelación, pero no fue recogido en el Corpus Iuris Civilis, por lo cual los glosadores no tuvieron acceso a su estudio.
- (201) Codex 7, 62, 7 y 7, 65, 3. Vid. Orestano "L'appello...", p. 297-299.
- (202) Padoa Schioppa no profundiza en este tema pero las glosas que recoge están precisamente basadas en los textos del Codex citados en la nota anterior. "Richerche..." T. 2, p. 105-6, nota 226.
- (203) Nótese que la ley de Partida 3, 23, 8 viene recogida en el "Teatro de la Legislación..." de Pérez y López como vigente a fines del XVIII (vox apel. tomo 3, p. 472).
- (204) Vid. Scacia "Tractatus..." q. 17, limit. 13, p. 478 y Salgado "Tractatus..." Pars. 3, cap. 7, n. 18 y sig., p. 386. También Elizondo en su "Practica..." T. 6, p. 109.
- (205) Partidas 3, 23, 8; Espéculo 5, 14, 7; Doctrinal 6, 1, 8; Flores 3, 2, 5. - No sólo se trataba de tutores de huérfanos, sino también de incapaces y pródigos.

- (206) Esto era lo que había resuelto Guillermo de Cabriano glosando el pasaje - de Modestino en D. 49, l. 17, l. 1, que permitía en principio la apelación - del tutor: sólo ante la denegación del juez a admitir la "excusatio", podía el nombrado apelar. Vid. Padoa Schioppa "Recherche..." T. 2, p. 106, = nota 227. Esta solución también se había adoptado por el derecho canónico - co. Decretales 2, 28, 67.
- (207) La razón de la prohibición de apelar directamente del nombramiento estaba en evitar que apelaciones frívolas dilatasen causas urgentes: "Etenim non omnes tutores habent legitimas excusationes ad proponendum... aliquando - non legitimas excusationes ad proponendum habent, sed frivolas, et a iure non approbantes: in quibus casibus omnibus cessat ratio appellandi, et si - evidenter apparet iura disponentia a nominatione muneris utilitate privati, non appellari..." Salgado, "Tractatus..." Pars. 3, Cap. 8, n. 26, p. = 387.
- (208) Fuero Real 2, 15, 8.
- (209) Causas relativas a los casos de enterramientos de cadáveres y bienes fungibles: "como si se alzare algun ome que non era descomulgado nin devedado, que non sea soterrado, o sea sobre cosa que non se pueda guardar como sobre uvas ante que el vino sea dellas fecho, o sobre mieses que sean de segar, o sobre otra cosa semeiable...", en la línea del pasaje de Paulo - en el Digesto 49, 5, 7, pr: "si res dilationem non recipiat non permittitur appellare".
- (210) Montalvo en glosas a Fuero Real 2, 15, 8.
- (211) Esta ley del Fuero Real pasó a todas las Recopilaciones: Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 16, 11; Recopilación 5, 18, 6 y Novísima 11, 20, 22, = esta última la intitula: "Casos en que no debe otorgarse apelación y sí - admitirse al agraviado el recurso de queja".
- (212) Juan Gutiérrez en su "Practicarum Quaestionum Civilium", Lion 1.730, Lib. 1, quaestio 106, p. 111, comentando esta ley dice: "idem favor alimentorum versata cum res non capit dilationem, imo celeritatem desideret...", = y reporta la extensión a toda clase de alimentos que Avendaño hace en su repertorio, en el verbo "Gobierno": "An idem sit servandum in alimentio - debitis homini adulto et majori, pauperrimo tamen, qui non potest laborare suis manibus, ut victum quaerat propter morbum, vel senectutem, vel no bili cuius esset dedecus laborare, quia dicitur impeditus, cum sine dedecore in publico ad laborandum comparere non possit..."
- (213) Las sentencias que denegaban alimentos si eran apelables en ambos efectos: "... in causis alimentorum, a decretis affirmativis non appellatur, = a negativis autem potest appellari..." según Carleval "Tractatus..." Tit. 2, disp. 8, n. 35, p. 54.

- (214) Palabras de Elizondo en "Practica..." T. 4, p. 244. Las sentencias provisionales se consideraban encuadradas en la clase de las simples interlocutorias (inapelables en principio de todas formas) y aparte de las de alimentos, se citaban entre ellas las de litis expensas, las de culto divino o alimento de sacerdotes, etc. Véase Van-Spen "Jus Ecclesiasticum..." T.= 2, Pars. 3, n. 14, p. 158.
- (215) Art. 1208, 13. Vid. Gómez de la Serna, "Exposición de Motivos...", p. 220. En la L.E.C. de 1.881 las cuestiones sobre alimentos provisionales - pasar a ser de jurisdicción contenciosa definitivamente.
- (216) Art. 1214 LEC de 1.855, y 1615 de la LEC de 1.881.
- (217) Arts. 1615 y 1817 de la LEC de 1.881.
- (218) Espéculo 5, 14, 9; en términos casi literales Partidas 3, 23, 15 y Doctrinal 6, 1, 14.
- (219) No he encontrado muchas referencias a la apelación de auto aclaratorio de sentencia en la literatura jurídica, que permitan delimitar el ámbito del recurso en este caso, sólo una referencia de Castillo de Bovadilla, cuando comenta sobre la aclaración de las sentencias falladas por los Regimientos (vid. "Política..." lib. 3, cap. 8, nos. 263-269). Dice este autor que en el caso específico de los regimientos no puede apelarse del auto aclaratorio "hecho sin añadir, ni quitar" de la sentencia, puesto que no infiere nuevo gravamen, y además las sentencias de los regidores no son susceptibles de apelación en la Chancillería o Audiencia según la "Ley de Toledo" (recogida en las Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 6).
- (220) Partidas 3, 22, 11; también Espéculo 4, 3, 16 y Doctrinal 5, 1, 8.
- (221) Partidas 3, 23, 15; Espéculo 5, 14, 9; Doctrinal 6, 1, 14.
- (222) Partidas 3, 23, 15.
- (223) Vid. Orestano "L'appello civile..." p. 299 y sig.
- (224) Las apelaciones contra los rescriptos imperiales estaban prohibidas, como cualquier decisión del emperador, según establecía el Digesto 49, 2, 1, - 1.
- (225) Digesto 49, 1, 1, 1, pasaje en el cual Ulpiano comentaba una constitución de Antonino Pío.
- (226) Macro en Digesto 49, 4, 3.
- (227) Constitución del año 319, recogida en el Codex Theodosianus 11, 30, 1.

- (228) Orestano, "L'appello civile...", p. 301.
- (229) Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 92-96.
- (230) En teoría la norma sigue vigente hasta el siglo XIX, como todas las normas de Partidas que no hubiesen sido expresamente derogadas por leyes posteriores, pero probablemente en la práctica no tuvo un uso muy extendido. La literatura jurídica no se ocupó tampoco mucho del tema. Bonifacio, se interesó por exponer las diferentes clases de "relatio" que podían darse, calificándolas en cuatro tipos; "necessaria, probabilis, temeraria y maliciosa". La "relatio" de juez dudoso entraba en la categoría de la "probabilis" (Glosas a la Peregrina, fo. 435-435r). En otro lugar hace otra clasificación de "relatios", a) las que piden un "consilium de iure", que son inapelables; b) las que relatan los hechos, que pueden apelarse; c) las que fundamentan la sentencia, también apelables, etc. (glosas a Peregrina, fo. 45). Gregorio López, por su parte, glosando las leyes de Partidas que se ocupaban del tema (Partidas 3, 22, 11 y 23, 15) se refiere al tema de pasada, proponiendo algunos problemas como si en el caso de que las partes no contradijesen la relatio, debía o no considerarse que la consentían, o si el juez está vinculado a la respuesta del princeps para fallar la causa, etc.
- (231) El art. 59 del Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1.835 establecía que el tribunal superior, que sólo tiene jurisdicción en su instancia, no podía conocer de los autos del inferior ni siquiera "ad effectum videndi".
- (232) L.E.C. arts. 363 y 407.
- (233) Partidas 3, 23, 13; Espéculo 5, 14, 11; Doctrinal 6, 1, 12; Flores del Derecho 3, 2, 5.
- (234) Palabras de la Abreviatio Codicis a C. 7, 65, 4, citado por Padoa Schioppa "Richerche..." T. 2, p. 98, nota 203. Este principio de inapelabilidad de las deudas fiscales manifiestas también venía recogido en el Decreto de Graciano (Decreto 2, 2, 6), a través del cual llega a la Margarita de los Pleitos (20, 8).
- (235) Bonifacio en glosas a la Peregrina, fo. 44r: "Si quem constaretur publicum debitorem appellationis beneficium denegatur. Dicitur constare quando manifeste aperte... convictus est... si non confessum: et in hoc privilegiatus est fiscus et res publica...". En el mismo sentido Gregorio López dirá glosando esta ley de Partidas (3, 23, 13), que no podrá apelarse "quando debitor fiscalis est manifeste convictus... vero differentia erit in debito fiscalis, vel privato... quod in casu in quo privatus convictus appellare poset, debitor fiscalis convictus non appellet...", también en sus glosas al Fuero Real, 2, 15, 1.

- (237) Sobre la inapelabilidad de causas pecuniarias por estar el deudor convicto y confeso, véase la nota 146 de este capítulo.
- (238) Recopilación 4, 18, 13. Se trata de una norma que castiga con una multa - de 30.000 maravedís al juez que no otorgase la apelación a la parte, pero establece una excepción en el caso de causas fiscales.
- (239) Vid. Elizondo, en su "Practica..." T. 1, p. 148-149. En la jurisdicción - eclesiástica las sentencias dadas a favor de la Iglesia en pleitos de - diezmos seguían las mismas reglas de inapelabilidad que en la jurisdic - ción ordinaria las sentencias dadas en favor del Fisco.
- (240) Espéculo 5, 14, 8; Leyes del Estilo 161; Flores del Derecho 3, 2, 5. Cu - riosamente las Partidas no aluden a esta prohibición.
- (241) La glosa estudiando una constitución de Graciano y Valentiniano II (C. 7, 65, 5 pr) había comenzado por repetir literalmente la excepción a la pro - hibición de apelar de la "executio" "nisi forte executor modum executionis excedat". Más tarde se habían especificado supuestos de "exceso" en la - ejecución. Una glosa acursiana "xl. excedat ad. C. 7, 65, 5 quorum apell.= non recip., l. ab executione, recogía tres supuestos: a) la intervención= del juez antes del transcurso del plazo necesario para la "actio iudica - ti"; b) la ejecución de bienes de valor superior a la cantidad de la con - dena; c) la negativa a considerar una excepción perentoria. Vid. Padoa - Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 103-104, nota 222.
- (242) Fue Azzo el primero en sostener que el rechazo por parte del juez a exami - nar una excepción perentoria "in omnibus casibus in quibus potest opponi= peremptoria post sententiam", daba lugar a la apelación. Vid. Padoa - Schioppa, loc. cit. nota 223.
- (243) Espéculo 5, 14, 8 "si el judgador le fiziere tuerto e mandadol conprir lo que judgó ante del plazo a que lo devia fazer..."
- (244) Flores del Derecho 3, 2, 5.
- (245) Leyes del Estilo 161.
- (246) Decretales lib 2, tit. 28, cap. 29 y cap. 43. Y la Margarita de los Plei - tos (20, 6): "non puedes apellar de executor, si el executor non ficiere al guna cosa demas quel fue mandado".
- (247) "a pronuntiatione de exequendo vel non exequendo sententiam, non appella - tur, cum talis pronuntiatio sit executio prima sententiae, et quaedam - ejus declaratio, et hoc verum..." dirá Montalvo en sus glosas al Fuero - Real 2, 15, 1. Y Maldonado insistirá en que la ejecución de por sí no aña - de un nuevo gravamen: "Certum enim est omne quod liquidandum venit in exe

cutione, iudicari ipsius executoriae partem, non mutans substantiam rei - iudicatae, sed tantummodo illam declarans, et interpretans, non augens, - nec minuens, aut novum inducens gravamen proptereaue cessat omne appellationis remedium". "Tractatus...", tit. 3, a. 9, n. 20, p. 160. Salgado de Somoza, siguiendo a Bartolo y a Baldo, dirá que "contra appellan-tem ab - executore sit praesumptio iuris, cum sit regulariter prohibita appellatio ...", "Tractatus..." pars. 4, cap. 3, n. 144, p. 521.

- (248) Como todas las meras interlocutorias cuya apelación estaba en principio - prohibida por el derecho, en el acto de apelación la parte debía manifes- tar los motivos del agravio, lo cual era excepcional frente a las apela- ciones de definitivas en que no era necesario explicar el agravio. Sobre= este tema volveremos en el capítulo 4. La necesidad de "exprimere exce- - sus" la apunta Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 1; y Salgado: "in= nuismodi appellatione ab executore excedente, seu executione excessiva, - debeat praecise, exprimi inferique nominatim, et in specie causa gravami- nis, quantitas nempe quemadmodum excedit, et in quo stet excessus, adeo - ut alias appellatio non teneat..." "Tractatus..." Pars. 4, cap. 3, n. - 144, p. 521.
- (249) "... an vero dumtaxat suspendat excessum illum in hac parte dumtaxat quem nominatim expressit appellans..." según Salgado, loc. cit.
- (250) Digesto 49, 2, 1, 3.
- (251) Padoa Schioppa recoge una glosa al texto ulpiano (gl. a D. 49, 2, 1, 3 a quibus appell. non licet, l. tractandum, si quis) en la cual se rechaza - la renuncia unilateral de una de las partes y se establece que sólo una - renuncia concorde de ambos litigantes puede excluir la apelación de la - causa. Vid. "Recherche..." T. 2, p. 99, nota 206.
- (252) Partidas 3, 23, 13; Espéculo 5, 14, 11; Doctrinal 6, 1, 12 y Flores del De recho 3, 2, 5.
- (253) Bonifacio, glosas a Peregrina, fo. 44r.
- (254) Bonifacio, loc. cit., "... quod haber vim cum scriptura vel sine..."; Gre- gorio López, siguiendo a Durante: "... non exigit scripturam...", (en glo- sas a Partidas 3, 23, 13).
- (255) Villadiego, en "Instrucción Política..." C. 4, n. 1, pp. 98-99.
- (256) Gregorio López, loc. cit., y Bonifacio a Peregrina, loc. cit.
- (257) Según Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 14, 1: "... si expraessee renun- ciatum est appellationi, videtur esse renunciatum nullitati inclusae sub= appellatione, tamquam accessorium... renuncians ergo tali appellationi, - non habet amplius recursum contra sententiam..."



3/8

NOTAS AL CAPITULO III

- (1) "Repertorio Universal de todas las leyes destos reynos de Castilla, abre - viadas y reducidas en forma de repertorio decisivo", Hugo de Celso, Medina del Campo, 1.553, fo. 31v.
- (2) Sobre el tema de la capacidad procesal vid. Villapalos en "Los Recursos - contra los actos de gobierno en la baja edad media", pp. 236 y sig.
- (3) Partidas 3, 2, 8. Según esta ley no puede demandarse a un siervo, ni al - propio, ni al ajeno. En el caso del siervo propio, el señor puede corregir - le el mismo, en el caso del ajeno, "bien pueden demandar a su Señor por ra - zón dél", pues "su Señor es cabeça del". Sin embargo la ley establece una - serie de casos en que el siervo puede "facer demanda a otros en juicio" - (Partidas 3, 2, 8 y 9) cuestiones siempre relativas a su "aforramiento" o - a la defensa de los bienes de su Señor ausente.

- (4) La incapacidad procesal de la mujer no está en relación con su "status" ma - rital, sino en relación con criterios de honestidad, pues se habla de "due - ña casada o viuda o doncella, o otra mujer que viva honestamente en su ca - sa..." (Partidas 3, 7, 3), criterio que también se menciona en otra ley de Partidas que prohíben sean abogados (P. 3, 6, 3, ley que ilustra el escar - miento del precedente de la abogada Calturnia "tan desvergonzada que enoja - ba a los jueces con sus voces, que non podian con ella"). Un autor como - Montalvo basa la incapacidad de las mujeres en el hecho de estar considera - das junto con los "minores et rustici", como personas pequeñas e ignoran - tes: "quia sunt miserae personae".

Sin embargo la ley de Partidas que nos ocupa (3, 7, 3) establece que podrá comparecer en juicio mediante procurador, y que en el caso de tratarse de una causa criminal, deberá comparecer ante el juzgador en persona.

Lo Codi, II, 5, 9, (citado por Arias de Balboa en sus glosas al Fuero Real 1, 10, 1 y recogido por Cerdá Ruiz Punes en A.H.D.E., 21-22, año 1.951-52) que también prohibía que las mujeres "puedan andar en el pleyto", estable - cía una excepción en el caso de que la "muger a padre, ca bien puede rrazo - nar por el si es doliente, e non a quien rrazone por el" (loc. cit. p. 772 nota 262). La incapacidad de la mujer responde por tanto a motivos poco - precisos, y cuenta con bastantes excepciones.

- (5) Partidas 3, 7, 2 y 3, 2, 11. Los menores deben estar representados por sus "guardadores" y son estos quienes deben ser actores o demandados en su nom - bre.
- (6) Partidas 3, 7, 2; los incapaces mentales deben estar representados también - por un tutor o curador.
- (7) Partidas 3, 7, 2.

- (8) "E por ende, si alguno oviesse demanda contra él, devela fazer a su Mayo - ral. Ca esto es tenuto de responder en juicio o dar quien responda, pues - que los bienes del passan al Monasterio, de que el es Mayoral", Partidas - 3, 2, 10.
- (9) Lo Codi II, 5, 4: "Otros omes son que non pueden pleytear, nin rrazonar - por si, nin por otro... e estos son los infames... aquellos que son venci - dos delant el juez de furto, o de rrabina, o de iniuria... Estos tales di - chos infames non pueden andar en pleyto nin razonar sinon por sus fijos, o por sus parientes..." (Glosas de Arias de Balboa, Fuero Real 1, 10, 1 p. - 772 nota 263).

Por su parte el Fuero Real 2, 10, 4 prohibía al descomulgado "por si nin - por otre demandar ninguna cosa en juicio", aunque si le permitía "respon - der", "si alguno oviere demanda alguna contra el", dando para ello una ra - zón curiosa "... ca muchos se dejarien estar en descomunion por non facer - derecho a sus contenedores". Díez de Montalvo comentando esta ley, estable - ce toda una serie de excepciones en las cuales el descomulgado "potest - principaliter in iudicio agere", entre las cuales menciona una que nos in - teresa especialmente: el anatemizado puede apelar de la causa, si en ella - fue actor originalmente, cuando todavía no hab ía sido descomulgado. De - cualquier manera esta doctrina no era original puesto que ya el Espéculo - establecía que el descomulgado "deve responder a las demandas que le fa - zen, e puede poner por si todas las defensiones que oviere, e puede ape - llar", asegurando que respecto del recurso "nol deve enbargar la descomul - gacion".

- (10) Partidas 3, 2, 2. Esta ley establece algunas excepciones, como por ejemplo en los casos en que el hijo hiciese demanda sobre "cosas que fuesen suyas - quitamente", como sobre el llamado peculio castrense, "las ganancias que - faxen en razón de las soldadas en las Cortes de los Reyes, o en las cibda - des e villas, etc".
- (11) Partidas 3, 2, 3.
- (12) Partidas 3, 2, 4, ley que establecía bastantes excepciones relativas a - denuncias de traición o crimen de "lese maiestatis", o de asesinato de Se - ñor, o de ataques graves contra la vida o integridad corporal del denun - ciante.
- (13) Partidas 3, 2, 6, que establecía además pena de muerte para el sirviente - que demandase a su señor en pleito "de quel podiesse venir muerte o perdi - miento de miembro, o de su fama o de gran partida de su aver, a tanto que - oviese de fincar pobre si lo perdiessse", salvando siempre claro, el caso - del crimen de traición "al Rey, o al Reyno". La crueldad de esta ley sólo - puede entenderse considerando la importancia que la fidelidad y los nexos - personales tenían todavía en esta época en la estructura socio-política.

- (14) Partidas, 3, 2, 5. También exceptua esta ley los casos de traición "contra el Rey e contra su señorío".
- (15) Partidas 3, 2, 13.
- (16) Partidas 3, 23, 2; Espéculo 5, 14, 2; Doctrinal 6, 1, 3.
- (17) Doctrinal 6, 1, 9.
- (18) Vid. Orestano "L'appello...", p. 310-311.
- (19) Palabras de Macro en Digesto 49, 1, 4, 2; Ulpiano en el mismo sentido, aun que deducible contrario sensu: "non solent audiri appellantes nisi hi quorum interest" (D. 49, 5, 1 pr.).
- (20) Partidas 3, 23, 9; Doctrinal 6, 1, 9; Espéculo 5, 14, 5. La doctrina de los dos siglos siguientes seguiría repitiendo esta distinción. Por ejemplo la Peregrina "Et non solum victus: sed etiam victor potest si in aliquo sententiae omisso vel expresse gravatur appellare..." (fo. 41r); y el Repertorio de Hugo de Celso: "Puede apelar en cuyo favor se dió la sentencia quando el juez no condenó en todo lo que pedía por su demanda o si dexasse de condenar en los fructos e costas", "Repertorio Universal de todas las leyes destos reynos de Castilla, abreviadas y reduzidas en forma de repertorio dezisivo", Medina del Campo, 1.553, fo. 32 v.
- (21) Glosa anónima al C. 7, 62, 6, 5, contenida en un manuscrito berlinés que reproduce Padoa Schioppa en su "Richerche..." T. 2, p. 126-127, nota 49. - Ugolino negaba la posibilidad de apelar del victor en base a la prohibición que sobre esto había establecido Justiniano en el Codex 7, 64, 10. - Según este glosador, el victor no podía apelar de las costas, ni de las del actor ni las del demandado. Vid. Padoa Schioppa, loc. cit.
- (22) "Victor postest appellare...; sed male posuit victor, nec enim victor appellat in eo quod vincit, sed in eo quod succumbit", Azzo y Otton en "Brocardica", rubr. XVII. De Sententiis, nr. 40, citado por Padoa Schioppa, loc. cit., p. 127, nota 50.
- (23) Por ejemplo Bonifacio, recogiendo la opinión de Bartolo dirá: "Si reus condemnatus est in fortem tamen non in expensis et reus appellat, actor vicens eo quod iudex non condemnavit reus in expensis non potest appellare... Item si petebat a te decem: et iudex in quinque te condemnavit et in quinque absolvit: tu appellasti ego volo appellare quod non es condemnatus nisi in quinque certe non possum: quod unam appellationem consolidatur utriusque: sed ubi non appellasset reus bene posset actor appellare..." (glosas a Peregrina, fo. 40). La misma opinión expone Gregorio López en sus glosas a Partidas 3, 23, 9 citando a los "communiter Doctores": "... quando victus appellavit, illa appellatio sufficit, ut victor expensas consequatur.. Lógicamente por razones de economía procesal resultaba más conveniente que

el victor se adhiriese a la apelación interpuesta por el "victus", a que hubiese hecho que tramitar dos apelaciones.

- (24) Vid. Orestano, "L'appello..." p. 306 sig.
- (25) Los representantes de las partes actuaban en el derecho romano como verdaderos sustitutos procesales, bien por encargo, como el procurator, o por oficio, como el tutor y el curator, o por asunción espontánea, como el procurator sin mandato. Estaban considerados como verdaderas partes en la relación procesal, puesto que asumían el juicio. Vid. Orestano, loc. cit., - p. 307.
- (26) Partidas 3, 23, 2; Espéculo 5, 14, 11. También el tutor podía hacerse representar en el pleito por un procurador, siempre que fuera "en los pleytos que ellos hubiesen comenzado por demanda et por respuesta: ca ante des to non lo podrian facer...", y en este caso el procurador venia también legitimado para alzarse.
- (27) Partidas 3, 23, 2; Espéculo 5, 14, 11.
- (28) "Personero es aquel, que recabda, o faze algunos pleytos, o cosas ajenas, por mandado del dueño de ellas. E ha nome Personero, porque paresca, o está en juicio, o fuera del, en lugar de la persona de otri". Partidas 3, 5, 1. "Personero dezimos, que es aquel que recibe pleito ageno para demandar o defender a otri, por mandado daquel que es señor del pleito... E a nombre de personero, porque el recibe el pleito en vez de la persona daquel cuyo es..." Espéculo 4, 7, 1.
- (29) Digesto 49, 1, 4, 2.
- (30) Vid. Padoa Schioppa, "Ricerche..." T. 2, pp. 128-130.
- (31) Vid. Padoa, loc. cit. p. 129, especialmente nota 55. La opinión de Bassiano fue seguida por la mayoría de los glosadores: Azzo, Ugolino, Carlo di Tocco, Accursio y Odofredo.
- (32) Partidas 3, 5, 19. "Razonar, nin fazer puede el personero mas cosas en el pleito nin meter a juicio de cuanto le fuese otorgado e mandado por razon de personeria. E si a mas passare, non deve valer lo que fiziere". Palabras casi literales con las del Fuero Real 1, 10, 11.
- (33) Partidas 3, 5, 23; Doctrinal 2, 1, 9; Espéculo 4, 8, 10.
- (34) Partidas 3, 5, 23; Espéculo 4, 8, 17; Fuero Real 1, 10, 11.
- (35) Partidas 3, 5, 23.

- (36) Fuero Real, 1, 10, 11. Montalvo dirá más tarde glosando esta ley, que este texto recogía la opinión de Placentino, por la cual el "procurator tenebatur appellationem prosequi...", contra la cual Accursio, seguido después - por los comentaristas Bartolo y Juan Andrés, había afirmado "quod licet - procurator teneatur appellare: non tamen tenetur appellationem prosequi, - quia finito negotio, finitum est mandatum...".
- (37) Espéculo 4, 8, 17.
- (38) Leyes de Estilo 157.
- (39) Partidas 3, 5, 23; Doctrinal 2, 1, 9.
- (40) Partidas 3, 23, 3; Doctrinal 6, 1, 4.
- (41) Principalmente Bonifacio en glosas a Peregrina fo. 40v y Gregorio López en glosas a Partidas 3, 23, 3, que señalan expresamente la contradicción entre las leyes de Partidas 3, 23, 3, y 3, 5, 23, Bonifacio distingue entre apelaciones a sentencias interlocutorias y definitivas. Respecto de las interlocutorias, el procurador puede seguir la apelación "quod videtur habere mandatum ad omnia emergentia". En el caso de la definitiva si "procuratur fuit generaliter constitutus ad agendum, petendum, defendendum... tunc potest appellationem prosequi: quod mandatum generale seu universale comprehendit presentia et futura que oritur ex presentibus", pero si sólo le fue otorgado un mandato "speciale et discretivum in una causa: tunc non potest causam appellationis in ipsa exercere supple invictus". Gregorio López, se pronuncia en el mismo sentido, diciendo que "ista lex (Partidas 3, 23, 3) habeat locum in sententia interlocutoria: dicta vero lex 23 (Partidas 3, 5, 23) in definitiva".
- (42) Sin embargo los autores habían considerado ciertas limitaciones a esta obligación general de apelar. Para Bonifacio no existe obligación si la sentencia que se da contra su representado es, aunque gravosa, justa: "aut succubuit iuste et non tenetur appellare; quod debem bonam fidem agnoscere" (glosas a Peregrina, fo. 40v). Gregorio López, siguiendo a los comentaristas, dice que sólo tendrá que seguir la apelación, siempre que esta se sustancie en la misma ciudad que la primera instancia: "quando est intra eadem civitatem, itaque non sit necessarium exire, et sua negotia postponere... (et) haec loquatur quando causa vertitur in curia regis..." "Glosas a Partidas 3, 23, 3.
- (43) "Mandatum non requiritur speciale ad appellandum sed sufficit generale", - Lancelotte. "Tractatus de Attentatis...", Pars. 2, limit 50, p. 284. Salgado de Somoza especificaba que si el "dominus liti" ratificaba posteriormente la apelación interpuesta por su procurador, el poder se retrotraía al momento del acto. "Tractatus de Regia Protectione..." P. 3, cap. 9, n. 91, p. 399; en el mismo sentido Domínguez "Ilustración a la Curia Filípica", = T. 1, P. 5, cap. 1, n. 25, p. 387.

- (44) "Et... dicatur procuratorem generale mandatum ad omnia negotia habentem - idem, quod dominus posse..." Maldonado, "Tractatus..." Tit. 5, q. 2, n.º 9 p. 223.
- (45) Vid. Scaccia "Tractatus..." q. 5, n. 12, p. 30. Sin embargo de esto, Eli - zondo nos da una noticia contradictoria de la práctica de los tribunales de su época "... acostumbran los (procuradores) de los juzgados inferiores - continuar en segunda instancia la defensa de sus partes...", "Práctica..." T. 4, p. 277.
- (46) Partidas 3, 23, 2; también Doctrinal 6, 1, 3.
- (47) El personero era de todas formas responsable civilmente de todos los daños - en los cuales su "mandatario" pudiese incurrir a resultas de sus gestiones. "E si aquel personero se dexar venger por pleyto o por enganno, quanto per - dió por él el sennor del pleyto, todo ge lo deve entregar el personero de - lo suyo, e quanto pudiera ganar, e non lo quiso ganar, otrosi todo lo deve pechar de lo suyo". Fuero Judgo 2, 3, 3; y el Fuero Real, 1, 10, 10 "Et si por su culpa perdiese el dueño de la voz el pleito o alguna cosa del perso - nero sea tenudo de pecharle aquello que por el perdio..."; Vid también Par - tidas 3, 5, 26.
- (48) Esta posibilidad de apelar era especial porque no se ajustaba al plazo nor - mal de la apelación que se computaba desde la emisión del fallo: aquí el - plazo se contaba desde el día que el "señor del pleito" tuviese conocimien - to de que la sentencia apelada contra él no había sido apelada por su per - sonero. En el derecho canónico las prerrogativas del "dominus liti" eran - mucho más amplias en este aspecto: si el procurador, habiendo apelado, no - cumpliese lo establecido en el mandato para conseguir vencer en la apela - ción, el señor podía ser oído, aún después de haber transcurrido el plazo - de un año, según una decretal de Gregorio IX, del año 1.232, Decretales 2, 28, 69.
- (49) Peregrina fo. 40r. La misma razón dará Gregorio López exponiendo una opi - nión de Paulo de Castro: "... cum non habeat dominus aliter remedium conse - quendi jus suum...", (glosas a Partidas 3, 23, 2). Este mismo autor nos re - fiere una polémica que sobre este tema se mantuvo la escuela del comenta - rio, nada menos que entre Bartolo y Baldo. Mientras que Bartolo intentó li - mitar a dos los casos en que el "dominus litis" podía apelar: 1) Si el - procurador había hecho pactos con la otra parte, 2) Si a la vista de los - autos del proceso era evidente "quod erat utile appellare", y el procura - dor no lo había hecho; Baldo, sin embargo, argumentaba que solo en el caso de que el procurador fuese insolvente, independientemente de cualquier - otro supuesto, podía admitirse la apelación del "señor del pleito", siem - pre y cuando la sentencia fuese dada injustamente.
- (50) Espéculo 5, 14, 18 y 19; también Partidas 3, 23, 5. El Espéculo 5, 14, 3 - se señala en otro caso: cualquier coheredero puede apelar de una sentencia

desfavorable contra la comunidad de herederos: "E esto serie como si alguno consentiese que diesen juyzio contra él, porque veniese daño a los otros que eran con él herederos...".

- (51) Partidas 3, 23, 4; también Doctrinal 6, 1, 5 y con palabras diferentes, Espéculo 5, 14, 3: "... los otros contra quien non es dado el juycio, si algun derecho an en aquella cosa en que lo dan, o an razon porque lo pueden fazer segunt las leyes.
- (52) Marciano, en Digesto 49, 1, 5, pr.
- (53) Macro en Digesto 49, 4, 2, 1. Vid. sobre este tema a Orestano, "L'appello..." p. 325 y sig.
- (54) La norma de Macro del "interés", chocaba con otro principio aún más general, según el cual la cosa juzgada entre las partes no afectaba a los terceros: "res inter alios iudicata nullum aliis preiudicium facere" (D. 44, 2, 1, D. 20, 4, 16; D. 44, 1, 10 etc) por la cual, el tercero para quien no existía la "res iudicata" no tenía ningún motivo de apelación. Macro sin embargo, con el fin de compaginar su principio del "interés", limitó esta norma al caso de los terceros que no tenían la mínima relación con el objeto del litigio (D. 42, 1, 63).
- (55) D. 49, 1, 4, 2.
- (56) D. 49, 1, 5. El "fideiusor" que había avalado al deudor, o al vendedor o comprador de la cosa evicta.
- (57) D. 2, 5, 8, 16. Esta norma también mencionaba al fideicomisario, y al esclavo manumitido por testamento, cuando la sentencia lo había declarado nulo.
- (58) D. 49, 1, 4, 4.
- (59) Ulpiano en D. 49, 5, 1 proemio: "Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest vel quibus mandatus est, vel qui negotium alienum gerunt, quod mox habetur". Según Orestano ("L'appello..." pp. 335 y sig) esta norma, más abierta respecto de la apelación del tercero, se impuso finalmente sobre la opinión más restrictiva de Macro en D. 49, 4, 2, 1, para el cual el tercero debía tener un interés propio en la causa.
- (60) Según la norma del Digesto (D. 49, 1, 6) el padre podía apelar por el hijo en un proceso de libertad, y según D. 16, 1, 2, 5 la madre podía apelar por su hijo.
- (61) D. 49, 1, 23.



- (62) Ulpiano en D. 49, 1, 6; "credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere".
- (63) Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, pp. 126-136.
- (64) Según Padoa, esta distinción fue obra principalmente de Azzo y de Ugolino, y el principio se recogió en el aparato accursiano. Vid. "Richerche..." p. 132, especialmente la nota 62.
- (65) "Item quod subjicit, "nec quaerimus cuius interest... , scilicet pecuniari ter, vel ratione vere consanguinitatis; interest tamen ratione praedictae, quae est inter omnes..." dirá una glosa del aparato Acursiano (gl. humanitatis ratione, ad D. 49, 1, 6 de appell., l. non tantum), citada por Padoa loc. cit., p. 136, nota 70.
- (66) Partidas 3, 23, 4, que sigue diciendo "Et demás decimos que si el vendedor contra quien es dado el juicio se alzare et siguiese al alzada, si el comprador ha sospecha dél que non anda en el pleyto derechoamente... debe seer hi el comprador que vea et razone su derecho en el pleyto...". En el mismo sentido Espéculo 5, 14, 3 y Doctrinal 6, 1, 5.
- (67) Partidas 3, 23, 4; Espéculo 5, 14, 3; Doctrinal 6, 1, 5.
- (68) Peregrina fo. 40r.
- (69) Partidas 3, 23, 7; Espéculo 5, 14, 4; Doctrinal 6, 1, 7. El legatario solo podía recurrir de la sentencia dada contra los herederos cuando éstos no apelaban de ella, sino que también podía, en caso de que apelasen éstos, adherirse a su apelación, "mayormente si hobiesen sospecha dellos que non andarán en el pleyto derechoamente cohechando con sus contendores a pro de si et a daño de los otros" (Partidas 3, 23, 7).
- (70) Partidas 3, 23, 4; Espéculo 5, 14, 3 y 10; Doctrinal 6, 1, 5; Flores del Derecho 3, 2, 4.
- (71) Partidas 3, 23, 2; Espéculo 5, 14, 11.
- (72) Partidas 3, 23, 4; Doctrinal 6, 1, 5; Flores del Derecho 3, 2, 4. El Espéculo (5, 14, 1), con una visión más amplia: "Mas padre por fijo o fijo por padre se pueden alzar el uno por el otro en todo pleito, también en justicia como de otra cosa. Eso mismo decimos que se puede alzar la madre por el fijo, maguer de comienzo non podiese razonar el pleito por el, nin tener su voz. Pero si el fijo fuere enfermo, e tan pobre porque non pueda otro aver, bien puede la madre...".
- (73) Partidas 3, 23, 6; Espéculo 5, 14, 4; Flores del Derecho 3, 2, 4.

- (74) Partidas 3, 23, 6. Otro punto de vista mantenía sin embargo el Espéculo 4, 8, 19, al tratar de la figura del que "puede demandar o defender pleito - ajeno sin personeria de aquel cuyo es", establecía que este personero "sin personeria" no debe actuar sin consentimiento de la parte, salvo en dos su puestos "La una es, si judgan alguno a muerte, e non se quisiese alzar de - aquel juyzio. E la otra es, si dan juyzio contra alguno que torne a servidumbre. Ca en estos dos pleitos dezimos que qualquier se puede alzar para - denfenderal que fuere así judgado... maguer el lo contradiga. Ca asi como= estas dos cosas, muerte e servidumbre son las cosas mas graves del mundo,= así deven aver maiores consejos e maiores acorros los omes...".
- (75) La citada norma del pasage del Digesto 49, 1, 6. Esta restricción del principio humanitario ulpiano se debió a Azzo, según explica Gregorio López - glosando esta ley de Partidas (3, 23, 6), que sigue diciendo que esta opinión fue objeto de controversias en la escuela, pues algunos autores alegaron que no había porqué establecer diferencias entre la apelación del "cognatus" y el "extraneus" y los comentaristas con Baldo a la cabeza siguieron una opinión que ya había expuesto Rodolfo en una Quaestio Sabbatina (Quaestiones Sabbatinas, q. 27, nr. 3, citada por Padoa Schioppa, op. cit. p. 135, nota 69): el extraño podrá apelar por el condenado a muerte sin su consentimiento pero no podrá seguir la apelación sin un mandato especial.= Esta controversia la recoge, aparte de Gregorio López (en loc. supra. cit) Díez de Montalvo en su glosa a Fuero Real 2, 15, 1.
- (76) Partidas 3, 23, 2; Espéculo 5, 14, 2. Esta era una excepción respecto de - la incapacidad procesal general del siervo, que se había admitido en la - época postclásica del derecho justiniano (D. 49, 1, 15 y D. 49, 1, 18). - Una glosa recogida por el aparato accursiano, apuntaba la contradicción - existente entre la legitimidad para apelar del "dominus" por el esclavo, y el principio general que prohibía la representación por procurador de las= partes en juicios criminales (D. 48, 1, 13, 1 y D. 49, 9, 1 y en las Partidas 3, 5, 12). El glosador resolvía la contradicción diciendo que el "dominus" no representaba al esclavo, sino que hacía valer su interés como tercero: "quia eorum interest, et ideo eorum videtur causa, unde quasi in causa sua appellat" (gl. domini, ad. D. 49, 1, 15 de appell., l. servi, citada por Padoa Schioppa, op. cit., p. 135, nota 68). Por otra parte en el caso inverso, es decir si el señor fuese condenado, el siervo no podría apelar por él, "como quier que lo podrie fazer su fijo que fuese en su poder" pues el siervo no podía alegar ningún tipo de interés.
- (77) Vid. el Diccionario de Escriche, voz apelación; M. Ortiz de Zúñiga en su - "Practica..." T. 2, p. 190, en la edición de 1.861 todavía cita las leyes= de Partidas 3, 23, 2-4 y 9 en el tema de legitimación del tercero que "sufriere algun daño directo por la sentencia...".
- (78) Vid. Lancelote, "Tractatus de Attentatis..." p. 2, ampl. 14, pp. 214-215; - Covarrubias, "Practicarum Quaestiones...", Cap. 15, in princip. p. 560); - Castillo de Bovadilla, "Politica..." T. 2, lib. 3, Cap. 7, p. 204); Elizon

do, "Práctica...", T. 1, p. 150; Pérez y López en su "Teatro de la Legislación..." T. 3, voz. apel., p. 448-449; Villadiego, "Instrucción..." cap. 4 n. 1, p. 98, etc.

- (79) Según Salvioli en su "Storia della Procedura..." vol. 3, T. 2, p. 271.
- (80) "... etiam (appellare potest) si iste tertius vellet appellare in casu, in quo si ipse fuisset ad causam citatus, non potuisset appellare, puta si - agitur inter alios iudicio possessorio et in eo feratur sententia...". Lancelotte, "Tractatus..." p. 2, ampl. 14, nº 6, p. 214. Elizondo explica que esto se debe al hecho de que "al tercero no perjudica la sentencia pronunciada a favor de otro, ni en cuanto a él pasó en autoridad de cosa juzgada", "Práctica..." T. 1, p. 150. Es en definitiva el viejo principio romano de "res inter alios iudicatas nullum aliis praediudicium facere" (D. 44, 2, 1) que ahora se argumenta a favor del tercero en cuanto a su posibilidad a reclamar de la sentencia.
- (81) "... procedat, etiam si sententia a qua tertius vult appellare, esset lata vigore comissionis, habentis clausulam appellatione remota... cum dicta - clausula tertium non capiat...", Lancelote, loc. cit, n. 8, p. 215.
- (82) Castillo de Bovadilla, hablando de las sentencias de los Regimientos: "cualquiera tercero interesado en la sentencia dada por los Diputados del Ayuntamiento, con el qual no se litigó, puede apelar de ello, aunque (como queda dicho) a las partes principales no les competa remedio alguno..." "Política..." T. 2, lib. 3, Cap. 8, nº 2L8, p. 204.
- (83) Según Bartolo y Baldus, "etiam si sua appellatio sit tertia a sententia, - dum tamen ipse non appellaverit sed litigatur per dolum" (Bartolus, l. a - sententia, Dig. de appel. 49, 1 y Baldus, l. si parentes, Cod. de evict, 8 45, citados por Salvioli en "Storia della procedura..." vol. 3 T. 2 p. 271)
- (84) Castillo de Bovadilla, loc. cit. n. 208, p. 204, y Pérez y López, en "Teatro..." T. 3, p. 449.
- (85) "tertius... tenebitur intra decem dies a tempore propriae scientiae computandos, non autem a tempore scientiae nec ab eo die, quo reus vel actor - principalis sciverit eam latam fuisset... Nam tempus datus ad appellandum - currit a tempore et die scientiae..." Covarrubias, Practicarum... Cap. 15, n. 2, p. 560.
- (86) "... ut regulá, nil novari appellatione pendente, non solum procedat in - appellatione per ipsos litigantes sed etiam per tertium pro suo interesse - interposita ut actus gesti post hanc appellationem tertii (puta executio - sententia) sint attentata et ipso iure nulla... et talis appellatio operatur etiam effectum suspensium (et consequenter attentata...)" Lancelote, "Tractatus..." P. 2, Ampl. 14, nos. 1 y 7, pp. 214-15.

- (87) Salvioli, "Storia della procedura...", vol. 3, T. 2, p. 269.
- (88) El Diccionario Escriche y la "Practica..." de Ortiz Zúñiga, p. 190, cita - dos ya en la nota 26; también el "Tratado..." de Gómez de la Serna, p. 332 -3, y José Vicente de Caravantes, en su "Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley= de Enjuiciamiento", Madrid 1.858, T. 4, p. 14-16.
- (89) "Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de - sus derecho civiles. Por los que no se hallen en este caso comparecerán - sus representantes legítimos... art. 12, L.E.C. de 1.855 y art. 2 L.E.C. - de 1.881. La segunda ley añadía la regla respecto de las personas jurídi - cas, que deben comparecer por medio de representante legal.
- (90) La edición de 1.888 que he manejado de la segunda Ley de Enjuiciamiento, - estaba anotada por un anónimo "Consultor de los Ayuntamientos y de los Juz gados Municipales", quien comentando el art. 386, que nada dice sobre la - legitimación de terceros, suscitaba la duda "de si podrá apelar el que sin haber sido parte en el juicio se crea agraviado por la sentencia", y al - efecto citaba una sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1.859 según la cual cualquier persona a quien le causare perjuicio la sentencia, podrá apelar de ella aunque no hubiese litigado. El "comentarista" añadía= que el principio tenía "naturales limitaciones principalmente en la necesi dad de combinarlo con lo que se establece en la ley 20, tit. 22 de la ter cera Partida".
- (91) El principio viene recogido en numerosas fuentes. Papiano en D. 49, 1, 23, 1; Ulpiano en D. 5, 1, 73, 3; Antoniano en C. 7, 65, 1; Diocleciano y Máxi mo en C. 7, 43, 11, Sentencias de Paulo 5, 5, 6 etc.
- (92) Vid. Orestano, "L'appello..." p. 357 y sig.
- (93) Ulpiano en D. 5, 73, 3 y D. 49, 4, 1, 15; Antoniano en C. 7, 65, 1.
- (94) "Richerche..." T. 2, p. 136.
- 95) En la glosa a C. 7, 43, 10 quomodo et quando iudex, 1, cum non, recogida - por Padoa, loc. cit., p. 137, nota nº 73. y comentada por el mismo en la - nota 74, pag. 138.
- 96) "Richerche..." T. 2, p. 137 y 138.
- 97) Autores como Vacario, Placentino y Pillio, utilizarían las mismas catego - rías aunque reorganizando el esquema original de Irnerio (Vid. Padoa, loc. cit., p. 140-142, principalmente las notas 76, 77 y 84). La ventaja de es ta distinción entre las clases de ausencia era que el ausente siempre te - nía la posibilidad de justificar los motivos de incomparecencia a su vuel ta, tesis a favor de la cual se pronunciaron muchos glosadores (v.g. Jaco-

bo, Otton, Ugolino, etc.). Sin embargo no se preocuparon de establecer el procedimiento por el cual la parte ausente podía hacer valer su "excusa - tio".

- (98) Glosa appellare, ad. D. 4, 1, 8, de restit., l. inter. Vid. Padoa, loc. - cit., p. 142, nota 85.
- (99) Partidas 3, 23, 10 y Doctrinal 6, 1, 10; también el Especulo 5, 4, 10, aun que con algunas diferencias que examinaremos seguidamente.
- (100) El Especulo difiere en este punto de las Partidas y del Doctrinal, pues distingue entre dos supuestos: a) si la parte se ausentó despues de que el "pleito fuere comenzado" (post litem contestata), caso en el cual "puede - fazer alzada... desde el dia que tornare en su casa fasta tercer dia", y - b) si la parte se ausentó antes de que el pleito "era comenzado" (ante litem contestata), en cuyo caso la parte "puede fazer alzada desde el dia - que fuere tornado fasta diez dias". Es curioso que distinga entre ausencia ante y post litem contestata, y les otorgue diferentes remedios, pues desde la glosa de Irnerio citada en la nota 95, se partió generalmente del supuesto de la ausencia, post litem contestata".
- (101) Gregorio Lopez, comentando más tarde esta Ley de Partidas (3, 23, 10) establece que debe observarse el mismo plazo para pedir la "restitutio ad appellandum", como para pedir la "restitutio ad totam causam", es decir el de diez días.
- (102) Partidas 3, 7, 11; Doctrinal 2, 4, 2; Espéculo 5, 1, 3 y 5, 2, 11; Fuero Real 1, 4, 1. El Fuero juzgo 2, 1, 31 ya recogia estos casos de fuerza mayor, y es probablemente la fuente original de todas las leyes a través del Fuero Real.
- (103) Partidas 3, 23, 10; Doctrinal 6, 1, 10.
- (104) El Especulo es la fuente que describe con mas detalle este procedimiento - de justificación aunque desde luego las demas fuentes lo mencionan: Partidas 3, 7, 11; Doctrinal 2, 4, 2; Fuero Real, 2, 3, 1 y 4; Fuero juzgo 2, 2, 4.
- (105) "E si aquel que es lamado al pleyto dexiere que non se ascondió o que non recibió el mandado del juez, o que lo non desprecio, e non le pudiera seer provado por ninguna testimonia, si se quisiere salvar por su iuramento, - que le non fizo por ninguna calomnia, ni por ningun despreciamiento, non - deve recibir la pena de suso dicha (pena establecida por el rebelde)... - "Fuero Juzgo, 2, 1, 17.
- (106) Vicente Arias de Balboa en una glosa a esta ley del Fuero juzgo, 2, 1, 17, asegura que la prueba del "embargo derecho" no puede consistir unicamente en un juramento: "...tale impedimentum non probatur per solum iuramentum, - ...sed debet probari documento vel juramento cum aliis indiciis verisimilibus..." (glosa referida por Diez de Montalvo en su glosa al Fuero Real, 2,

3, 4). Gregorio Lopez, sin embargo es partidario de dejar la decisión sobre el medio de prueba del impedimento al arbitrio judicial, y no excluye que el juez pueda decidir a favor de un juramento, pues "*inspecta parvitate, vel gravitate praejudicit, et inspecta qualitate impedimenti, scilicet, an fuerit impedimentum in loco longinquo, et solitario vel non; et inspecta qualitate personae impeditae: ut ex hoc decernat, an probetur per juramentum, vel alias...*", Glosas a Partidas 3, 7, 11.

- (107) Partidas 3, 23, 11; Espéculo 5, 14, 10; Doctrinal 6, 1, 11. Como se observará esta categoría de las fuentes Castellanas es una fusión entre los su puestos 2º y 3º de la glosa acursiana que citabamos en la p. 133, nº 98: la "*probabilis tantum, ut studiorum*", a la que se le ha añadido el -- caso del peregrino religioso, y la "*necessaria tantum, ut in relegato*", -- que en la glosa citada estaban equiparados de todos modos en cuanto a sus efectos respecto de la posibilidad de impugnación.
- (108) Partidas 3, 7, 12; Espéculo 5, 1, 5; Fuero Real 1, 10, 19. Diez de Montalvo comenta mas tarde que "*ista non videtur legitima excusatio, ad non dimittendum Procuratorem, vel ad excusandum se ne in iudicio comparet; ratio est, quia non succurritur ei qui in necessitate se ponit...*" glosas -- al Fuero Real 1, 10, 19.
- (109) Partidas 3, 23, 11; Espéculo 5, 14, 10; Doctrinal 6, 1, 11.
- (110) En este punto el Espéculo (5, 14, 10) difiere respecto de la ley citada -- de Partidas (3, 23, 11): no admite ninguna posibilidad de impugnación por parte del ausente negligente si no se hizo representar en el pleito, antes bien le equipara con el rebelde; y en el caso del ausente cuyo perso-nero murio o abandonó la causa antes de la sentencia definitiva, establece una doble posibilidad: el ausente puede, o bien pedir ser restituido a la apelacion en el plazo de diez dias, o a una '*restitutio ad totam causam*'. La equiparación del ausente negligente sin defensor con el rebelde -- puede venir del Fuero Real (1, 10, 19) pero la doble posibilidad que se -- ofrece al ausente cuyo procurador no siguió la causa, no parece tener pre-cedente ni en las demás fuentes ni en la glosa.
- (111) "*Contumax dicitur qui vocem iudicis exaudiri contempnit*", segun las Expo-siciones Nominum Legalium, p. 95.
- (112) Partidas 3, 23, 9 y Doctrinal 6, 1, 9.
- (113) Espéculo 5, 14, 6: "*Rebellia es cosa de que nacen muchos males, lo uno -- porque el que la a en si es desmandado a aquel por quien se devrie mandar, e lo al por que aquellos que son rebeldes menoscaban su derecho, non los -- pudiendo afincar, como farien si lo non fuesen...*".
- (114) Desde el Fuero Juzgo 2, 1, 17 y 2, 1, 13, y el Fuero Viejo de Castilla 3, 1, 3; también el Fuero Real. 1, 4, 1, 2, 3, 1 y 6; Los Nove tiempos de --

los Pleytos, (tempus IX, ed. Urcña, p. 383); Flores del Derecho 14, 1; - Espéculo 5, 1, 3 y 4 y Partidas 3, 7, 8. Según esta última fuente, los rebeldes "non deben fincar sin pena porque desprecian el mandamiento de aquellos a quien deben obedescer...".

- (115) El "asentamiento" en el proceso civil medieval se configura como una especie de secuestro de los bienes del demandado rebelde, cuya tenencia o depósito se confían al demandante, el cual adquiere una serie de derechos sobre ellos (la posesión si son raíces, o la posibilidad de realizarlos si son muebles), pasados los plazos que el demandado tiene para personarse y purgar su rebeldía. Vid. Fuero Real 2, 3, 5 y 2, 3, 4; Flores del Derecho 12, 2-6; Doctrinal 2, 4, 2 y 5, 4, 2, Espéculo 5, 1, 7 y 8; Partidas 3, tit. 8 entero; leyes del Estilo 28; Leyes Nuevas 9, etc.
- (116) Palabras de Partidas 3, 23, 9; En el mismo sentido Doctrinal 6, 1, 9; Espéculo 5, 14, 6; La Margarita de los Pleitos 20, 8, etc.
- (117) Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 147, nota 95.
- (118) Vid. Partidas 3, 22, 9 y 10; Flores del Derecho 12, 5; Doctrinal 2, 4, 4; Espéculo 5, 1, 7 y 8.
- (119) Codex 3, 1, 12, 26 y 3, 1, 13, 2 a y b.
- (120) Según Padoa Schioppa, el primero en distinguir entre Contumacia "vera" y "ficta" fue Irnerio, pero fue la doctrina posterior quien estableció un criterio claro de diferenciación: especialmente Azzo en su Summa Codicis (ad. C. 7, 65, quorum appell., n.r. 7) y la glosa accursiana "eiuis qui per contumaciam", ad. C. 7, 65, 1 ed., l. eiuis. Vid. "Richerche..." T. 2, p. 144-5, nota 89.
- (121) Es el criterio de la gl. appellare, ad. D. 4, 1, 8 de in integr. rest., l. inter. de la cual ya hemos hablado en el tema de la ausencia, manteniendo que fue el criterio seguido por nuestro derecho bajomedieval en materia de ausencia. (Vid. nota 98 a este capítulo). Las fuentes la seguirán también en el tema de la rebeldía. Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 145-6, nota 90.
- (122) Opinión que reporta Padoa Schioppa, loc. cit. p. 146-47, nota 93. Se trataba en definitiva de aceptar la posibilidad de una "restitutio ad appellandum" o "ad totam causam", dependiendo de que fuese el contumaz "fictio" o "vero" respectivamente, el que compareciese en el último momento.
- (123) Las Partidas contemplan varias formas de rebeldía: "... así quando los emplazan... e non quieren venir, ... o si se asconden, o se van de la tierra porque non los fallen; o si vienen al emplazamiento e non quieren responder, o se van sin mandado antes de tiempo; o si el judgador da la sen-

tencia contra ellos e non quieren cumplir su mandamiento..." (Partidas 1, 8, 10). Las Flores del Derecho clasifican de otra forma la rebeldía: "La primera... es quando el ome aplaziado non quiere venir aplazio, ovieno et non quiere responder. La segunda es quando viene aplazo et compiesça el pleito por respuesta e ante que sea sabida la verdat de del pleyto por respuesta et despues que entiende que es ya sabida toda la verdat... vayne et non quier oyr el pleyto nen la sentencia..." (Flores, 12, 1). El mismo criterio de clasificación ofrece la Margarita de los Pleytos 23, 11. Las Partidas especifican que la única rebeldía que excluye de la apelación es la relativa a la incomparecencia: "Pero si el demandado non fuere rebelle en venir ante el judgador, mas fuese desmandado en non mostrar o entregar aquella cosa quel demandaban en juicio, et por ende lo condenase el judgador en tanto quanto jurase la otra parte que menoscababa por nolyer mostrada o entregada aquella cosa... si de tal juicio como este aquel contra quien es dado se quisiere alzar; bien lo puede facer; porque como quier que él fué desobediente en non cumplir lo quel mandó el judgador, pero fuele mandado en venir al plazo antél quel fue puesto para oír el juicio: et por ende decimos que es derecho que tal rebellia como esta non le embargue si se sentiere por agraviado que se non pueda alzar". (Partidas 3, 23, 9; en los mismos términos, Espéculo 5, 14, 6).

- (124) Partidas 3, 23, 1. Es evidente que este texto sigue muy de cerca la glosa acursiana citada en la nota 121.
- (125) Ordenamiento de Alcalá, 2, 3; recogido en la Recopilación, 4, 3, 6.
- (126) Ordenamiento de Alcalá, 13, 2; recogido en todas las Recopilaciones: Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 16, 5; Recopilación 4, 18, 4; Novísima 11, 20, 2. La norma no era original del Ordenamiento de Alcalá sino que tiene un antecedente en las Leyes del Estilo 139.
- (127) Díez de Montalvo en sus glosas al Fuero Real habla de las dos clases de contumacia, (glosas a Fuero Real 2, 15, 1); también Gregorio López en su glosa a Partidas 3, 22, 4; Bonifacio establece otra clasificación, pero perfectamente encajable con la original de la Glosa: "Triplex est contumacia: minor, maior, maxima. Minor est quando citandus non est inventus sed postea scivit. Maior quando est inventus et per consequens scivit. Maxima quando est inventus per nuncium nolo venire vel nunquam veniam: et iste est contumax evidenter. Primo casu contumax auditur appellans. Secundo caso non auditur nisi veniat iudice sedente pro tribunali. Tercio casu nullo modo auditur". (glosas a Peregrina, fo. 41r.) Vid. también Villadiego "Instrucción..." C. 4, nº 1, p. 98; Azevedo "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 4, p. 444; Gutierrez, "Practicarum..." lib. 1, q. 105, p. 100, etc.
- (128) Díez de Montalvo en su "Secunda Compilatio Legum..." fo. 8; Gutierrez, "Practicarum..." Lib. 1, q. 110., comentando la Recopilación 4, 18, 4.



- (129) "Sed an sit necesse petere restitutionem isto casu ad appellandum . Commu-  
niter Doctores... dicunt quod sic, unde sine restitutione non admittitur=  
ad appellandum... (pero en la legislación real) nihil dicunt de restituti-  
one... quod non sit necessaria restitutio et sive ea admittitur appe-  
llans et debeat appellare in termino ordinario, ac si contumax non fui-  
sset...", Gregorio Lopez, glosas a Partidas 3, 23, 4.
- (130) Gutierrez critica la omisión sobre el procedimiento a seguir para resti-  
tuir al contumaz a la apelación, de la ley de Recopilacion 4, 18, 4. Ante  
el silencio de la ley entiende, como Gregorio Lopez, que el contumaz po-  
drá apelar dentro de los plazos establecidos por las leyes: es decir se-  
le concede una "restitutio ad termini appellandum", en vez de una "resti-  
tutio ad appellandum" estricta de diez dias de plazo. "Esset enim valde-  
iniquum, ut qui appellando bonam ac justam causam habet, juro suo fraude-  
tur, eo quod omiserit petere praedictum restitutionem, et sic cadendo a-  
syllaba, cadet a causa, quod non est dicendum, praecipue in his regni, in  
quibus non judicatur secundum apices et subtilitates iuris, sed inspecta=  
et prabata veritate..." "Practicarum..." Lib. 1, 9. 98-105, p. 103-110, -  
comentario a Recopilacion 4, 18, 4.
- (131) Montalvo en sus glosas al Fuero Real 2, 3, 6: "...ista litteralis citatio  
debet continere... quis citat et ejus nomen, et cognomen, quem et super-  
quo, ubi et ad quem diem, et ad cujus instantiam citat: et quod per se, -  
vel per legitimum responsalem idoneum ad causam sufficienter instructum -  
compareat: et peremptorie...".
- (132) "quod ad probandum istam veram contumaciam sufficit quod citatio fieret -  
solemnis ad domum dummodo probetur scientia..." Bonifacio en glosas a Pere-  
grina, fo. 42. Tambien Montalvo en sus glosas a Fuero Real 2, 3, 5: -  
"... requiritur, quod in personam citetur... an autem sufficiat citatio -  
ad domum, ante, vel post litem contestatam..."
- (133) Segun las Leyes del Estilo (ley 138), "debe el juez atender por uso de la  
corte los nueve dias et el tercero de pregon..." Las Partidas aumentaron=  
el plazo de los intervalos entre los pregones a treinta dias (Partidas 3,  
8, 7), plazo que fué recogido por la legislación posterior hasta princi-  
pios del S. XVI: Ordenamiento de Alcalá de 1348 6, 1 y Leyes de Toro 76.
- (134) Así, Díez a Montalvo, en el caso del contumaz ficto "...sola citatio non=  
esset sufficiens contra absentem: quia contumacia non esset vera: sed -  
esset quaedam cessatio et nuda, sive tacita contumacia..." (glosas a Fue-  
ro Real 2, 3, 4); sin embargo "si citatus respondet non veniam, non apor-  
tet plus citari... et sufficit in tali casu una citatio..." (Glosas a Fue-  
ro Real 2, 3, 1).
- (135) Felipe II por resolución a consulta de 12 de Febrero de 1564, recogida -  
en la Recopilacion 2, 4, 51 y 2, 24, auto 2 y en la Novísima 11, 15, 2.

- (136) "... nosta lex, ut praedictus contumax non comparens ad audiendam sententiam eodem die, quo nominatim et expressim citatus fuit, nec a jam lata, =  
 iudice adhuc sedente pro tribunali, postem non possit ab ea appellare, -  
 Plerumque in usu forensi observatum non est. Imo in his regnis in fori ci-  
 vili nunquam ad sententiam citari vide..." Gutierrez, "Practicarum..." -  
 lib. 1, q. 105, p. 110, comentario a Recopilacion 4, 18, 4.
- (137) Según lo expresa Gomez de la Serna en su "Exposición de Motivos..." p. -  
 206.
- (138) Arts. 1.181, 1.182 y 1.183 de la L.E.C. de 1.855 y act. 281, 282 y 762 de  
 la L.E.C. de 1.881.
- (139) Art. 1.190 de la L.E.C. de 1.855 y art. 769 de la L.E.C. de 1.881. Gomez=  
 de la Serna comentaba que "Las sentencias pronunciadas en rebeldia son =  
 ejecutorias, del mismo modo que si hubieran estado presentes todos los in-  
 teresados... la ley nunca viene en auxilio de los que voluntariamente se=  
 ponen en contumacia: estos no merecen gozar de un beneficio al que tácita-  
 mente renunciaron... socorre solo, como es justo a los incumplados", "Expo-  
 sición..." p. 206.
- (140) Gomez de la Serna, "Exposición..." p. 207. La Instrucción de procedimien-  
 to civil del Marqués de Girona de 30 de Septiembre de 1.853 no habia pre-  
 visto ninguna retroacción en el proceso: su art. 33 solo disponia que -  
 "cuando cese la rebeldia de un litigante, podrá utilizar los términos que  
 aun restan por correr desde el dia de su presentación". (Colección de De-  
 cretos, T. 60, p. 189).
- (141) Art. 1.193 de la L.E.C. de 1.855. Este precepto suponía que no podia ape-  
 lar de la sentencia, ni tampoco obtener "audiencia" contra ella en princí-  
 pio.
- (142) Art. 1.194 y 1.195 de la L.E.C. de 1.855 y arts. 774 y 775 de la L.E.C. -  
 de 1.881. El art. 775 de ésta última acortaba el plazo de seis meses a -  
 cuatro.
- (143) Arts. 1.196 y 1.197 de la L.E.C. de 1.855 y art. 776 de la L.E.C. de -  
 1.881; éste último acortaba el plazo de petición de ausencia a ocho meses.
- (144) Art. 1.198 de la L.E.C. de 1.855 y art. 777 de la L.E.C. de 1.881, según=  
 Gomez de la Serna como es imposible probar en este caso que no le ha lle-  
 gado la citación, la ley presume que su ausencia durante la citación y la  
 sustanciación del proceso del lugar donde se sigue el litigio y de su úl-  
 tima residencia, es suficiente para considerar "como si no hubiese llega-  
 do el emplazamiento a su noticia; pero para esto es menester que acredite  
 plenamente su ausencia... probada la ausencia, la presunción del derecho=  
 hace lo demás". "Exposiciones..." p. 208.

- (146) El procedimiento viene descrito en el art. 1.201 de la L.E.C. de 1.855; - La L.E.C. de 1.881, recoge este procedimiento en su art. 783, practicamente sin modificaciones sustanciales, pero si con una redacción más explicita.
- (147) Vid. Las notas anteriores que concuerdan los preceptos de ambas Leyes de Enjuiciamiento sobre este tema.
- (148) Arts. 771 y 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881. Un artículo - de la Instrucción del Marqués de Gerona pudiera quizás interpretarse como antecedente a esta nueva posibilidad del rebelde: "... pasado el término de la apelación sin haberla interpuesto, se proseguirá en las actuaciones sin necesidad de nueva rebeldía". (art. 31).

NOTAS AL CAPITULO IV

- (1) La fórmula de "álzome" es la que recogen las fuentes castellanas: vid. - Partidas 3, 23, 22; Espéculo 5, 14, 16; Doctrinal 6, 1, 20. La Margarita - de los Pleitos ofrece otra fórmula: "Iten, el que apella de sentencia definitiva a bondal que diga: "apello de mala sentencia" (Margarita, 20; - 2).
- (2) Ya Ulpiano había establecido que la apelación oral debía hacerse dentro - del mismo día en el que el juez dio la sentencia: "si quis ipso die inter acta voco appellavit hoc si sufficit" (Digesto 49, 1, 5, 4). Las Partidas dirán "luego que fue dado el juicio" (P. 3, 23, 22), lo que la literatura interpretará en el sentido de que debe apelarse dentro de la misma sesión de audiencia en la que fue dada la sentencia, "iudice adhoc sedente pro - tribunali", dirá Bonifacio citando a Bartolo y a Durante en glosas a la - Peregrina, fo. 47r. Scaccia opinará que la apelación verbal debe seguir - inmediatamente a la sentencia: "quando appellatur in continenti tempore - sententiae, quia tunc potest viva voce appellari...", "Tractatus..." q. - 4, art. 1, nº 16, p. 20.
- (3) Palabras de Partidas 3, 23, 22.
- (4) Todavía en 1.838, el Diccionario de Escriche, señala ambas formas de apelación; y el Decreto de 10 de enero de 1.838 también: "la apelación y la suplicación se pueden interponer por escrito o in voce. En el último caso se anotará por diligencia formal y lo mismo se hará con otras peticiones ..." (art. , Colección de Decretos, Tomo 24, p. 40). La primera Ley de Enjuiciamiento, no habla de la verbalidad o escritura de la apelación, y sin embargo Gómez de la Serna en su "Exposición de Motivos..." no se había mostrado partidario de la apelación oral (p. 36). Con todo eso Ortiz de Zúñiga en su "Practica..." (p. 193) habla expresamente de la posibilidad de apelar verbalmente, apoyándose en el decreto de 10 de enero de 1.838, que se refería a los pleitos de menor cuantía: "y no vemos inconveniente en que se observe hoy en los mismos negocios y en los juicios verbales, y aún en cualquiera otro en que por la urgencia no fuera posible al interesado presentar escrito apelando".
- (5) Scaccia se muestra partidario de la apelación por escrito, particularmente en el caso de recurrir de sentencias definitivas: "constituendo ad regulam, appellandum esse in scriptis a sententia diffinitiva... ratio est quia sententia ipsa diffinitiva in scriptis debet proferri: ergo inquit, et in scriptis debet ab ea appellari, quia nihil tan naturale est... ut non sufficiat, si appellans voce dicat "appello", et appellationem incontinenti faciat appellatio non impedit executionem...", "Tractatus..." 9, 4, art. 1, nos. 1 - 5, p. 19.

Villadiego, por su parte, aconseja la forma escrita: "... apelar in scriptis, y en las unas y otras (interlocutorias y definitivas) siempre es más seguro hazerlo assi", "Instrucción Política..." Cap. 4, nº 15, p. 100.

Por otra parte un formulario práctico como la "Forma Libellandi" del Doctor Infante, ya en el siglo XVI aconsejaba ratificar la apelación oral me diante otra escrita: "Cada una de las partes que apela por palabra protes tando deve apelar por escrito, el que apelare deve traer la apelación por escrito hasta tres días que fue dada la sentencia inclusiva..." fo. 4r.

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento de 1.855, aunque no se pronunciaba - expresamente sobre el tema, parece que excluía la apelación oral por cuan to que establecía que cualquier "solicitud que se aduzca" por los litigen tes debe ir firmada por letrados, en verbales y de menor cuantía, y los actos de conciliación y de jurisdicción voluntaria (art. 19) con esto parecía - que sólo los juicios verbales (naturalmente) y los de menor cuantía admítan apelación oral. Además, la apelación oral en estos últimos se había= facultado por la Ley de 10 de enero de 1.838 para la sustentación de plei tos de menor cuantía (vid. arts. 14 y 25 de esta Ley).

- (6) La toma del camino hacia la "Silla Apostólica" la establece Inocencio III en Decretales 2, 8<sup>o</sup>, 52, y lo recogen Bonifacio en glosas a la Peregrina, fo. 47r, comentando la fórmula: "pono me sub potestate pape", sobre lo - que dice, "An ponere se sub protectione habetur pro appellatione... Item= an itineris arreptio habet vim appellationis..." Dou y Bassols habla tam bién de este anecdótico acto de apelación citando a Anigant (Compilatio - Practicallis, tit. 19), jurista catalán; Dou añade "como se hace alguna - vez en lances apretados de decretar el juez o estrechar con severidad", - "Instituciones..." T. 6, Art. 3, n. 6, p. 330.
- (7) Respecto del nombre del apelante, la Peregrina fo. 46r. y Scaccia, "Trac tatus..." q. 4, art. 6, n.º 39, p. 24. Este último autor menciona a Duran te como partidario de expresar el nombre del apelado. Vid. la nota n.º 320 al primer capítulo.
- (8) Peregrina fo. 46r; Scaccia, loc. cit. Respecto del juez ad quem o al que= se recurre, no se considera necesaria su mención, según Scaccia (loc. - cit.) aunque Lancelote es de opinión contraria: "quando scilicet appella tio esset generalis ad omnes superiores... appellatio generaliter, dicitur= nulla... appellatio regulariter debet esse nominatim facta ad talem..." - "Tractatus..." Limit. 50, n.º 226, p. 298. Dou y Bassols, sin embargo, nos dice muchos siglos después que "La práctica es expresar el superior a - quien se apela, añadiéndose o al que o a los que con derecho corresponda= y deba, porque muchas veces ocurre duda en orden a quien sea el superior= correspondiente; y haciéndose del dicho modo cesa el peligro de no haber= se interpuesto la apelación al juez que correspondía", "Instituciones..." T. 6, art. 3, n.º 8, p. 330. Sin embargo, en las fórmulas que seguidamente vamos a examinar veremos cómo el ad quem nunca está designado por su nom bre, y la mayoría de las veces ni siquiera por su grado jerárquico, sino= que con fórmulas vagas y generales se alude al superior.

Algún autor como Azevedo sí establece, sin embargo, que no debe apelarse=

al superior con una fórmula alternativa: "no tam sufficeret appellare alternative ut appello ad talem, vel ad talem...", haciendo una excepción: "an valeat appellare alternative... de juris regio appellari potest omisso medio ad Regem, qui est ordinarius in toto regno...", "Comentarii juris Civilis...", a Recopilación 4, 18, 1, p. 432, nos. 19 y 20. En el mismo sentido Dou y Bassols, siguiendo la opinión de Paz niega la validez de la apelación alternativa, "Instituciones..." T. 6, Art. 3, nº 8, p. 330.

- (9) "Litem super qua est controversia continentibus..." según la Peregrina, fo. 46r.; "Expressa qualitas sententia...", según Lancelote, "Tractatus...", limit. 50, nº 4, p. 283; "sentencia a quo appellatur...", según Scaccia, que propone la fórmula "appello a sententia lata tali die per vos...", "Tractatus..." q. 4, art. 6, nº 39, p. 24. Una Decretal de Alejandro III, de 1180, había establecido la invalidez de la apelación hecha en general, y la necesidad de referirse a una causa determinada cuando se recurría (Decretales 2, 28, 18). Esta idea la recogerá la literatura jurídica en sus obras, vid. por ejemplo, a Azevedo: "Praesentatio tamen in grado appellationis debet esse specialis et expressa contra singulos contra quos tractatus alioquin generalitas illa, praesentat me in omnibus causis, non valebit...", "Comentarii in juris Civilis..." a Recopilación 4, 18, 2, nº 15, p. 438.
- (10) La petición de apostolos es un requisito que señalan invariablemente todos los autores, Peregrina fo. 46r; Scaccia loc. cit., nº 40, p. 24; Lancelote, loc. cit., nº 20, p. 290, etc. Sin embargo, no tenía por qué estar incluido en el escrito de apelación, sino que podían pedirse posteriormente al juez, según nos dice Gregorio López, siguiendo la opinión de Bartolo y Juan Andrés: "et licet isti non petantur in libello appellationis, possunt ex intervallo peti..." Glosas a Partidas 3, 23, 22.
- (11) Especulo 5, 14, 16. He recogido la fórmula del Especulo por ser la más completa en relación con la que ofrece las Partidas y el Doctrinal. Sin embargo, reproduciré aquí también las de estos dos textos. El "escrito" que proponen las Partidas es el siguiente: "Yo fulan sintiéndome por agraviado de la sentencia que distes vos don fulan contra mi por tal home mi contenedor sobre tal cosa, nombrándola señaladamente, álzome al rey o a los judgadores que han de oír las alzadas por su mandado, et pido que me dedes vuestra carta para él, et el traslado de la sentencia et de las actas del pleyto como pasaron ante vos". Partidas 3, 23, 22. La fórmula del Doctrinal es prácticamente idéntica: "yo, fulano, sintiéndome por agraviado de la sentencia que distes vos don fulan contra mi, por tal omne mi contenedor, sobre tal cosa nombrada sennalada mente, alçome al rey, o a los judgadores que han de oír las alçadas por su mandado, e pido que me dedes vuestra carta para el, et de los actos del pleyto como paso ante vos". Doctrinal 6, 1, 20.
- (12) "Forma libellandi", del Doctor Infante, fo. 5.

- (13) Elizondo, "Practica..." T. 1, p. 146. La Librería de jueces, obra también de la segunda mitad del siglo XVIII (1.771), ofrece una fórmula muy semejante: "F. de tal, en nombre de F. ante V. como más haya lugar en la causa, que sobre tal cosa ha seguido con F. digo: que por su Auto o Sentencia definitiva, pronunciada en tal día se sirvió V. condenar a mi parte,= o declarar tal cosa entre otras, que del mismo proveído resultan, del que se siente agraviada: y hablando con el respeto debido, salvo el derecho de nulidad, atentado, u otro remedio, sobre no haverse mandado lo por mi parte pedido, apelo para ante su santidad, su Nuncio en estos Reynos, o para adonde con derecho puedo y debo. Y por lo tanto a V. suplico se sirva otorgar dicha apelación en ambos efectos: y de lo contrario, omiso, o denegado baxo la dicha venia, buelvo a apelar de nuevo, y pido se de a mi parte, el correspondiente Testimonio en justicia que pido y juro lo necesario etc." Librería de jueces, T. 2, c. 5, p. 189.
- (14) El Diccionario Escribano en 1.838, en su voz apelación, dice que la apelación debe ser interpuesta mediante "un pedimento en que manifiesta que siéndole gravosa la sentencia que ha dado, apela de ella para ante la audiencia o tribunal de alzas, o para ante quien con derecho pueda y deba, salvo el derecho de nulidad u otro competente recurso; y que por tanto suplica le admita la apelación libremente y en ambos efectos, sirviéndose mandar que le dé el correspondiente testimonio de ella y su otorgamiento con término para mejorarla..."
- (15) L.E.C. de 1.855, art. 335; L.E.C. de 1.881, art. 381. Una edición de la L.E.C. de 1.881, impresa en Madrid en 1.888, anotada y comentada por un anónimo "Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados Municipales", comentando el art. 381 especificaba que "El escrito de apelación ha de abrazar los puntos siguientes: nombre del apelante, negocio, juez de quien se apela, sentencia, auto o providencia apelada, agravio que ocasiona, razón o causa de apelar, juez o tribunal para ante quien se apela".
- 5b) Ulpiano en Digesto 49, 1, 1, 4 había establecido los requisitos del acto de apelación escrito, y entre ellos no figuraba la expresión de la causa: "Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum, et a quo dati sint, hoc est qui appellat, et adversus quem et a qua sententia".
- 16) Era facultativo, sin embargo, para la parte incluir la "causa appellandi" en el libello, y según Ulpiano, las razones alegadas ante el a quo, podían perfectamente ser cambiadas en la fase ante el ad quem. Digesto 49, 1, 3, 3. Vid. sobre este tema, Orestano, "L'appello..." pp. 246-247.
- 17) Odofredo aconsejaba a sus estudiantes escritos breves, no como aquellos de los canonistas: "... qui appellant in scriptis debent libellum appellatorium breviter conscribere; non debent facere ut faciunt canoniste" (gl. ad C. 7, 62, 39 de appell., L. ampliore, nr. 1) La glosa accursiana (gl. reddere, ad. D. 49, 1, 3, 3 de appell., l. Scio & quid) era partida-



ria de no incluir la causa appellandi, Citadas por Padoa Schioppa, "Ri -  
cherche..." T. 2, p. 150.

- (18) Partidas 3, 23, 22; Especulo 5, 14, 16; Dotrinal 6, 1, 20. Sin embargo, -  
una ley del Fuero Real (2, 15, 2) si consideraba necesario motivar el es-  
crito de apelación "... e ponga en escripto la razon complida porque se -  
alzo porque aquel que ha de judgar el alzada si se alzo con derecho o non  
...".
- (19) Gregorio López en Partidas 3, 23, 22 "et non est necesse exprimere causas  
cum appellatur a diffinitiva". Scaccia, "Tractatus..." q. 4, art. 4, nº -  
1, p. 22: "expressio gravaminis non est necessaria, quia non est de subs-  
tantia appellationis... sufficiat quod appellans in genere dicat se grava-  
tum". Lo mismo dirán Elizondo ("Practica..." T. 1, p. 146) y Cañada ("Ins-  
tituciones..." T. 1, parte 2, cap. 3, nos. 11-16, p. 243).

Una opinión aislada, de la que no he encontrado precedente, es la de Bofi-  
facio, quien se muestra partidario de expresar la "causa appellandi": "si  
a diffinitiva appellandi... et idem in alio casi si appelletur ab interlo-  
cutoria habente vim diffinitiva...", glosas a Peregrina fo. 46r.

- (20) Especulo 5, 13, 4; sigue diciendo este texto: "Otrosi, el que se alza del  
juyzio afinado, si por aventura quando se alzara dixiere alguna razon, -  
porque non es derecho, y que por eso se alza, bien la puede despues cami-  
ar, mostrando otra si la oviese. Ca el judgador de la alzada non deve ca-  
tar la razon que se camia, mas deve querer que cada uno aya su derecho. E  
esto non es en los otros mandamientos. Ca si algun se alza del mandamien-  
to del judgador, non puede camiar la razon por que lo fizo ante el judga-  
dor del alzada, nin desfazer el mandamiento sinon por aquella razon misma  
sobre que fue el alzada". Respecto de la sentencia definitiva sigue el -  
texto lo dispuesto por Ulpiano en el Digesto 49, 1, 3, 3: puede expresar-  
se la "causa appellandi" pero esto no supone que no puedan aducirse otras  
alegaciones ante el ad quem: en el caso de la interlocutoria sin embargo -  
no pueden alegarse motivos diversos ante el ad quem, ni éste puede cono-  
cer sobre lo que no sean los puntos contenidos en el escrito de la parte.
- (21) Palabras de Durante en su "Speculum Iuris", Libro 2, Part. 3, 6 & quali -  
ter, nº 2 p. 200. Una glosa accursiana que cita Padoa Schioppa ("Richer-  
che..." T. 2, p. 150, nota 108) la gl. reddere, ad D. 49, 1, 3, 3 de -  
appell., L. scio & quid, ya informaba que en el derecho canónico, las ape-  
laciones de interlocutorias iban generalmente motivadas. Según Morel, sin  
embargo, la cuestión entre los canonistas se zanjaría definitivamente por  
Inocencio IV, que exigió que las apelaciones presentadas ante la Santa Se-  
de contuviesen la causa de la apelación: "Sancimus igitur, ut, si quis in  
iudicio vel extra ad nos duxerit appellandum, causa appellationis in -  
scriptis assignare deproperet" Sexto de Decretales 2, 15, 1. La motiva-  
ción de apelaciones "ante diffinitivam sententiam" devino la regla gene-  
ral en el derecho canónico tal y como lo recoge Durante: "Haec est una -

differentia quando appellatur ab interlocutoria, vel diffinitiva. Alia - est quando appellatur a diffinitiva non est necesse exprimi causam appellationis...". "Speculum..." lib. 2, par. 3, 6 & Qualiter, nº 2, p. 200.

- (22) "... hodie vero non licet sine causa rationabili ante sententiam appellare..." "Speculum..." lib. 2, par. 3, 2 & In Quibus, nº 28, p. 198r.

Según Morel, en este punto la doctrina canónica había equipado la apelación extrajudicial a la de mera interlocutoria o gravamen, puesto que en aquella también se exigía expresar las razones del agravio, a efectos de permitir al ad quem juzgar sobre la admisibilidad del recurso. "Le recours au roi..." p. 18-19.

- (23) Partidas 3, 22, 2. Ya desde el Fuero Real se establecía esta posibilidad: "Quando el Alcalde mandare prender, o asentar o juzgare él mismo algún juicio que no sea afinado, puede lo enmendar si entendiere que erró en lo que juzgo, o de lo que mandó facer y enmiendolo fasta el tercer día. Y después del tercer día si alguna de las partes se agraviare e se alzare, puede lo emendar quando quisiere, ante que el pleyto del alzada venga ante aquel que lo debe juzgar" (F.R. 2, 2, 3). El plazo de tres días, según explica Díez de Montalvo glosando esta ley, es el plazo de firmeza de la interlocutoria, transcurrido el cual "Sententia transit in rem judicatam, et iudex qui eam tulit non potest revocare sine consensu ejus pro quo lata est".

- (24) Lo cual había especificado el Derecho Canónico: vid. Decretales 2, 28, 60 y Sexto de Decretales, 2, 15, 10. Díez de Montalvo también asegura que si el juez se decide a revocar la interlocutoria, "dum tamen appellatio non pervenerit ad superiorem..." (glosas a Fuero Real 2, 2, 3).

- (25) Scaccia había dispuesto en su "Tractatus" que "debet enim in appellatio a sententia mera interlocutoria exprimi et nominatim causa gravaminis... et debeat exprimeri in specie, et in genere non sufficiat..." q. 4, art. 4, nº 30, p. 23. Esta opinión la recogería entre nuestros juristas Azevedo: "et causas in appellatione exprimentae es sunt..." "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 3, p. 442. Y más tarde, también citando a Scaccia, Elizondo en su "Practica..." T. 1, p. 146.

Covarrubias por su parte había justificado la motivación de la apelación a la mera interlocutoria, diciendo que como en principio su impugnación estaba prohibida por el derecho había, por tanto, una presunción en contra, y sólo expresando las causas del gravamen podía ver la parte admitida su apelación: "ubi appellatio proponitur contra regulam juris propter praesumptionem doli, non aliter admitenda est, quam si expressa causa justificatur..." "Practicarum Quaestiones..." Cap. 15, p. 560.

- (26) "Et quando appellatur ab executione debet exprimi causa..." Bonifacio en glosas a la Peregrina fo. 46r. En el mismo sentido Salgado, "Tractatus de

Regia Protectione..." Par. 4, cap. 3, nos. 144 y 145, pp. ; también= Elizondo, "Practica..." T. 1, p. 148.

- (27) Lo que resaltará Covarrubias: "... appellationem a tertio proponendam expressa causa etiamsi alioqui non sit causa exprimenda in appellations a sententia definitiva..." "Practicarum..." cap. 15, p. 560.

Tenemos además una fórmula de apelación de un tercero interesado por la sentencia en la "Forma Libellandi" de Infante (fo. 4r), que él llama "apelación sobre ello de otro" y que reproduzco aquí completa por el interés que ofrece:

"Porque el remedio de las apelaciones es hallado: porque los que son o temen ser agraviado por los jueces inferiores, por los mayores sean defendidos y relevados y desagraviados. Por ende yo vezino de A. sintiendome por agraviado en un negocio que ante vos pedia entre partes dela una parte de fendiente fulano vezino de tal lugar por vos fulano juez de A. de una falsa e injusta sentencia que contra mi distes entre fulano vezino de... actor de la otra parte sobre razón de ciertos maravedís que se me demandava: por lo qual me condenastes a pagar los dichos maravedís. El tenor de la cual como sentencia avido aqui por repetido: digo la como sentencia ser ninguna y de ningun valor por las razones siguientes. Lo primero por la dicha sentencia ser dada sin proceder contestacion. Lo otro por cuanto primeramente deviera ser concluso por ambas las partes: la cual conclusion de derecho se requiere. Lo otro porque para se dar la dicha sentencia no fue citado primeramente. Lo otro por quando no fueron por vos guardadas las solemnidades substanciales del derecho. Lo otro por todas las causas y razones: assi de nulidad como de agravio que delo procesado se puedan y deven colegir: las quales he aqui por expressadas: de cada una de ellas protesto de me quitar por via de nullidad o por via de agravio. O en otra manera que dellas: o de qualquier dellas me pudiere aprovechar: por las cuales razones y por cada una dellas apelo de vos y de la dicha vuestra llamada sentencia con protestación dela no hazer alguna si assi es ninguna para ante nuestro Señor el rey o para ante aquellos y ante cualquier dellos que dello puedan y devan conocer y para ello poderio tengan en la dicha causa: y pido los apostolos una y dos y tres y mas vezes con grande e mayor e muy mas mayor e grande ahincamiento. E otra vez los pido con las dichas instancias e con muy mucho e mas mayores ahincamientos instantier instantius e instantissime. E otra vez lo pido por cuanto puedo y devo: e pongo a mi e mis bienes so protestacion e defension del dicho señor rey y protesto que por acto e actos que ante vos haga o diga de no revocar mi esta dicha apelación y petición y protestación que hago e intimo y en dia y en mes y en año pido lo por testimonio signado por el presente notario".

Aunque por la complicación y estilo repetitivo del libelo, es difícil deducir las características del proceso al que se alude, parece que el tercero apelante es el "fiador" de una de las partes: aquella que ha sido -

condenada al pago de la deuda, y siendo insolvente, ha correspondido a su avalista satisfacer al pago.

- (28) Partidas 3, 23, 26. Gregorio López comentando esta ley, dice "quod puniri debet appellas convincians judici: et secundum Bartolo... punitur extra - ordinem cum non reperiat poena determinata..."
- (29) "... aquellos que se alzaren non sean osados de decir al alcalde que judgó tuerto nin otro denuestro ninguno; salvo que pueda decir, e razonar en buena manera aquello que ficiere a su pleito; e qui en esta razon denos - tare o abiltare al alcalde, peche X maravedís por la osadia..." Fuero Real 2, 15, 9. Vid. también la Peregrina fo. 47r y 49. La ley del Fuero - pasó a las Ordenanzas Reales de Castilla 3, 15, 1; la Recopilación 4, 18, 12 y la Novísima 11, 20, 24.
- (30) Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, Art. 3 nº 7, p. 330 y Gómez de la Serna, en "Exposición de Motivos..." p. 32. Recuérdese también que la fórmula de apelación de Elizondo, reproducida en el texto, incluía la mención de "hablando devidamente", p. 149; y la fórmula de la Librería de Jueces, reproducida en la nota 13, "hablando con el respeto devido".
- (31) Partidas 3, 23, 26.
- (32) Partidas 3, 23, 22; También el Dotrinal 6, 1, 20 y las Flores del Derecho 3, 2, 9.
- (33) Azzo en su Summa Codicia, 7, 62 de appell., 32 y la glosa a recitatione, ad Nov. 23, 1; Vid sobre ella a Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 149, especialmente nota 102.
- (34) Cap. quod ad consultationem, extra de sententia et de rejudicata, citados por Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 1 y Librería de Jueces T. 2, c. 5, p. 189-190.
- (35) La Novela justiniana 23, 1 del año 563 había derogado el plazo que el de recho clásico había establecido en dos o tres días dependiendo de si se apelaba "in proprio seu in alieno nomine", según Marciano de D. 49, 1, 5, 4; Ulpiano en Cod. 7, 62 etc. Vid. Orestano, "L'appello..." p. 247-249.
- (36) El Fuero Real 2, 15, 1 y la Ley del Estilo 150. Curiosamente el Espéculo, aunque supuestamente pertenece al ámbito de fuentes de la recepción del derecho común también sigue el plazo de tres días: Espéculo 5, 14, 16. De donde proviene este plazo de tres días, no se menciona en ninguna fuente ni en ninguna obra de la literatura jurídica. Probablemente viene del plazo de "biduum vel triduum" del derecho romano clásico: el Fuero Real establece que dentro del plazo "sobredicho sea contado el día en que fuer dada la sentencia", con lo cual lo convierte en realizadas en un plazo de dos días, puesto que el "Biduum vel triduum" clásico se computaba "ex die sententia latae" (Ulp. en D. 49, 4, 1, 5).

- (37) Ordenamiento de Alcalá, tit. 13, ley 2.
- (38) Cortes de Toledo de 1.480, pet. 109, C.L.C. T. 4, p. 183-84. "Muchos devates diz que ay entre nuestros subditos sobre las diferencias de los términos que fueron dados para apelar, ca por derecho comun... La de apelar... dentro de diez dias despues que viniera a su noticia (la sentencia); e despues sobrevinieron las leyes de nuestros reynos, por los cuales el condenado es atenuado de apelar a tercero dia e en algunas partes e provincias de nuestros reynos diz que es costumbre de apelar a tercero dia, siguiendo las dichas leyes de nuestros reynos..." Las "leyes de nuestros reynos" sobrevenidas son las del Ordenamiento de Alcalá, que sigue el plazo del Fuero Real.
- (39) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 1. Esta incluía al final una cláusula derogatoria del derecho anterior sobre este punto: "Y mandamos que se guarde, y cumpla así, no embargante qualesquier leyes y derechos que otra cosa dispongan, ni qualquier costumbre que en contrario de esto sea introducida. Lo qual todo, nos por la presente revocamos...". No sabemos en realidad si la vigencia de esta ley fue efectiva en la práctica desde el principio, pues aunque compilada en 1.484 por Díez de Montalvo, en el siglo siguiente todavía circulaban obras reeditadas que hablaban de un plazo de tres días: la misma "Secunda Compilatio Legum" de Montalvo en su edición de 1.549, en su fo. 8, todavía recogía el plazo de "triduum" citando al Ordenamiento de Alcalá. La "Forma Libellandi" de Infante en su edición de 1.529 decía que "el que apelare deve traer la apelación por escrito hasta tres días que fue dada la sentencia inclusive", fo. 4v.
- (40) Recopilación 4, 18, 1 y Novísima 11, 20, 1.
- (41) Art. 67 de la L.E.C. de 1.855 y art. 382 de la L.E.C. de 1.881. El Reglamento Provisional de 1.835 también recogía el plazo de 5 días en el art. 42. Gómez de la Serna, comentando el art. 67 de la L.E.C. de 1.855, con un criterio histórico erróneo, decía "Las leyes del Fuero Real y del Ordenamiento de Alcalá, separándose del derecho Romano y las Partidas, limitaron a cinco días fatales el término para apelar. La experiencia ha acreditado que este término es bastante, y la simple observación de que el que apela no necesita expresar los agravios... y mucho menos fundarlos, hace conocer que no puede ser acusado el término de insuficiente..." "Exposición de Motivos..." p. 34.
- (42) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 1.
- (43) Arts. 67 y 65 fr la L.E.C. de 1.855.
- (44) Instrucción para el procedimiento civil del Marqués de Gerona, de 1.853, art. 67, en "Colección de Decretos", T. 60, p. 195. Parece que fue esta disposición el antecedente inmediato de las Leyes de Enjuiciamiento.

- (45) Art. 377 y 380 de la L.E.C. de 1.881.
- (46) Fuero Real 2, 15, 1.
- (47) Partidas 3, 23, 22; Espéculo 5, 14, 16; Doctrinal 6, 1, 20; Flores del Derecho 3, 2, 9.
- (48) Cortes de Toledo de 1.480, pet. 109; C.L.C. T. 4, p. 183-83.
- (49) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 1: "desde el día que fuere dada la - sentencia o recibido el agravio y viniere a su noticia esto..." Esta ley= pasa a la Recopilación 4, 18, 1 y a la Novísima 11, 20, 1.
- (50) Vid Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 149. Vid. también los plazos= establecidos para los ausentes en las Fuentes castellanas bajo medievales que tratamos en el capítulo 3º de este trabajo.
- (51) Recopilación 4, 18, 4 y Novísima 11, 20, 2. Estas recopilaciones preten - dían recoger la ley del Ordenamiento de Alcalá 13, 2, que no hablaba de - "notificaciones" en absoluto, sino que establecía un plazo de tres días - para apelar, desde el día que se dio la sentencia, si estuvo ausente a su publicación por no haberse dado ésta "en el día que fuere expresamente - mandado" para ello.
- (52) "tempus appellandi currit ab hora scientie" Bonifacio en glosas a Peregrina fo. 47r. Salgado, siguiendo a Durante, especificará que el plazo corre desde que se tiene noticia de la sentencia, pero la "noticia" no puede - consistir en conocer que la sentencia fue dada, sino que debe conocerse - su contenido "... notitia non sufficit, ut condemnatus sciat latam senten - tiam fuisse, sed requiritur, ut sciat quomodo fuisset lata, aut pro reo,= contra sum et donec hoc sciat, dicti... dies ad appellandum non currit..." "Tractatus..." Pars. 2, cap. 2, nº 56, p. 163. Lo mismo establecía Scac - cia en su "Tractatus..." q. 12, nº 7, p. 152 añadiendo "ideo, donec non - potuerit habere copiam sententias, tempus ad appellandum non currit..." - Por lo cual se había pasado, de la "mera noticia" o conocimiento de la - sentencia, a la exigencia de una notificación formal a la parte de la de - cisión judicial.
- (53) En general así lo recoge la doctrina del XVIII, vid. Elizondo, "Practica= ..." T. 1, p. 146, Librería de Jueces, T. 2, cap. 5, p. 189-190.

Sin embargo, había opiniones contrarias partidarias de contar en el plazo el día de notificación de la sentencia, como lo refiere José de Vicente y Caravantes, en su "Tratado Histórico, crítico filosófico de los procedi - mientos judiciales en materia civil", Madrid 1.858, T. 4, p. 19. Según el Diccionario Escriche (voz. apel.), lo correcto es contar en el plazo "el= día mismo de la notificación de la sentencia; bien que en la práctica no= se cuenta este día".

- (54) Reglamento Provisional de 1.838, art. 42, 1º.
- (55) Instrucción para el procedimiento civil de 1.853, art. 53.
- (56) Art. 25 de la LEC de 1.855 y art. 303 LEC de 1.881.
- (57) Según lo expresaba el art. 62 de la Instrucción de 1.853.

La regla pasó a las Leyes de Enjuiciamiento (Art. 26 de la L.E.C. de 1.881), y fue comentada por todos los procesalistas que comentaron la Ley de 1.855: vid. Gómez de la Serna, "Tratado..." T. 2, p. 335; Caravantes, "Tratado..." T. 4, p. 21; Ortiz de Zúñiga, "Practica...", p. 192, etc. Este último autor contempla con recelo la innovación comentando que "habrá de ofrecer en la práctica gravísimos inconvenientes, por la dificultad de calificar bien cuáles son los días inhábiles y por la nulidad que declara la ley respecto de toda actuación que en ellos se ejecuten".

- (58) Partidas 3, 23, 24; Espéculo 5, 14, 20.
- (59) Este plazo, dice Bonifacio "quando incipiunt currere et an currunt de momento ad momentum", glosas a Peregrina fo. 47r. La misma expresión utilizarán casi todos los autores: Gregorio en glosas a Partidas 3, 23, 22; Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 1; Azevedo en "Comentarii..." glosando la Recopilación 4, 18, 1, "tempusque hoc appellationi constitutum licet a principio sit utile, postquam tamen incipit currere, continuum efficitur... tempus hoc appellandi currere de momento ad momentum..." an in die feriato in honorem Dei appellari possit...", loc. cit., nos. 47, 48 y 56, p. 434-435.
- (60) Opinión entre otros de Fontanella, según citado por Dou y Bassols, en "Instituciones..." T. 6, nº 63, p. 352-53.
- (61) Partidas 3, 23, 24; Espéculo 5, 14, 16; Doctrinal 6, 1, 22, Vid. Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, cap. 3, nº 38 y sig. p. 283-84; Pérez y López en el "Teatro de la Legislación...", T. 3, p. 448.
- (62) Según Maldonado, era un principio aplicable tanto a la apelación como a la suplicación: "Atque ita etiam jure commune disponitur... ubi appellatio, vel suplicatio post termini lapsus interposita, nulla declaratur..." "Tractatus..." T. 5, Quaestio 1, nº 5, p. 215.
- (63) Partidas 3, 23, 24: "... et si alguno se alzase en tiempo que lo non debie fazer... si la otra parte fuere presente delante del judgador del alzada, puede dezir contra el que non debe seer oido, et debese complir la sentencia del primero judgador. Et si la parte non estodiese delante, el judgador de su oficio puede dezir eso mismo..."

En la edición de 1.720 de la "Instrucción Política y Práctica" de Villa -

diego, se describe este procedimiento, pero muy evolucionado ya: un procedimiento largo y complicado, en que la parte conforme con la sentencia debía acusar por tres veces de rebeldía a su contrario, con sendas peticiones de que "muestre las diligencias", y sólo después podía pedir al juez que declarase la sentencia pasada en cosa juzgada y la apelación por desierta ("Instrucción..." cap. 4, nº 4, p. 99). De la deserción de la apelación y su declaración nos ocuparemos más adelante.

- (64) En principio la mayoría de los autores estaban de acuerdo en la improrrogabilidad de los "tempora fatalia" por el consenso de las partes: Bonifacio en glosas a Peregrina fo. 51; Gregorio López en glosas a Partidas 3, = 23, 22; Azevedo en glosas a Recopilación 4, 18, 1 "Comentarii..." nº 54, = p. 435. El conde de la Cañada, sin embargo, recoge una serie de opiniones favorables a la prorrogabilidad, entre ellas las de Scaccia y Lancelote - ("Tractatus..." q. 15, art. 10, nº 188 y "Tractatus..." Par. 2, cap. 12 - respectivamente) y su argumentación en pro y en contra, decidiéndose él mismo por la improrrogabilidad, precisamente convencido por la contra-argumentación que de su propia teoría ofrece Scaccia. Según Cañada, esta discusión arranca de la Escuela del Comentario, entre Bartolo y Baldo, el primero favorable y el segundo contrario. Y ciertamente todos los autores partidarios de la improrrogabilidad (teoría dominante entre la literatura castellana) que he manejado citan siempre a Baldo.

Scaccia, por otra parte, también aceptaba la prorrogabilidad de los plazos por la costumbre y el derecho estatutario, vid. "Tractatus..." q. 12, nos. 5 y 6, p. 151-152.

- (65) Expresión de Cañada, en "Instituciones..." T. 1, Par. 2, cap. 3, nº 44, - p. 285.

Recuérdense todas las leyes de Partidas (Partida 3, 23, 10-11-12) ya comentadas al hablar de la legitimación para apelar del ausente, en el capítulo anterior.

Según Maldonado, esta suspensión del plazo opera tanto en la apelación como en la suplicación: "Alia etiam regula est, quod quando dominus est absens, vel fictus contumax non arctatus ad appellandum, seu supplicandum - intra terminum a die publicationis sententias, sed a die notitias currit terminus...", "Tractatus...", tit. 5, q. 1, nº 22, p. 217.

- (66) Casos que establecen las Partidas 3, 23, 24; también el Doctrinal 6, 1, 22.

- (67) Como hipotetiza drásticamente el Espéculo 5, 14, 22.

- (68) Partidas 3, 23, 24. Según la Peregrina, en este caso "non nocet parti temporis lapsus", fo. 41, y Montalvo: "tempus appellationis non currit quando facto iudicis impeditur...", Glosas al Fuero Real 2, 15, 1.



- (69) Partidas 3, 23, 1-2 y 3; Partidas 6, 19, 8-9 y 10; Espéculo 5, 14, 16, - etc. El plazo de 4 años se computa en el caso de los menores desde que - llegan a la mayoría de edad y en el caso del Fisco, la Iglesia y los Con- cejos el plazo de 4 años comienza a correr desde la notificación de la - sentencia "y aunaviendo lesion enorme, que monte mas de la mitad del jus- to precio hasta treinta años despues...", según las palabras de Hevia Bo- laños interpretando Partidas 6, 19, 10, en "Curia Filípica", Madrid 1.684, Parte 5, Parr. 1, nº 16, p. 184. Vid también al respecto a Elizondo en - "Practica..." T. 1, p. 146 y el Diccionario Escriche, voz apelación.
- (70) Art. 30, 5 de la L.E.C. de 1.855. Un antecedente inmediato de esta dispo- sición podía bien ser el art. 62 de la Instrucción de 1.853, que estable- cía que "Todos los términos de los juicios son perentorios e improrroga - bles...".
- (71) Art. 68 de la L.E.D. de 1.855. Según Caravantes, la especificación de - "sin necesidad de declaración alguna", derogaba expresamente el procedi - miento previsto por Partidas 3, 23, 24, "Tratado..." T. 4, p. 21.
- (72) Art. 310, 3º de la L.E.C. de 1.881.
- (73) Art. 312, de la L.E.C. de 1.881.
- (74) Art. 311 de la L.E.C. de 1.881. Según la Ley de 1.855, ningún motivo po - día prorrogar el término para apelar, por lo cual toda la gama de ausen - tes con causas de justificación o sin ellas debían acudir al procedimien - to del "juicio en rebeldía" y alegar en él su justo impedimento. La L.E.C. de 1.881, exceptuó a los ausentes por causas de fuerza mayor de esta re - gla, permitiendo excepcionalmente que en este supuesto se suspendiese el - transcurso del plazo.
- (75) Fuero Real 2, 15, 9.
- (76) La misma pena que se imponía al apelante que apelaba en términos injurio- sos de la sentencia, vid. nota 29 de este capítulo. Montalvo, glosando es- ta ley del Fuero Real, explica la razón de la imposición de la multa al - juzgador "... et est ratio, quia in notoriis male gestis non habet locum - recusatio, sicut nec appellatio...".
- (77) Partidas 3, 23, 26.
- (78) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 12; Recopilación 4, 13, 12; Novísima 11, 20, 24.
- (79) Fournier, en "Essai sur l'histoire de l'appel" (p. 143 y siguientes) des- cribe el recurso de "faussement de jugement" como una provocación a un - duelo, por parte del "fausseur" o apelante, al juez o tribunal entero que había dado la sentencia contra él. El juez superior, al que se recurría -

sólo actuaba como árbitro del combate, quien debía ver que el procedimiento siguiese las reglas establecidas y pronunciar el resultado. El vencido en el duelo, apelante o apelado, era castigado con penas severísimas (en algunas fuentes decapitación e infamia), y si el vencido era el judgador se le incapacitaba de todas formas para el ejercicio de la función jurisdiccional.

(80) Montesquieu "L'Esprit des Lois", lib. 28, cap. 27. Utiliza como fuente, - al mismo autor que Fournier: la obra de Beaumanoir, "Les Coutumes de Beauvoisis".

(81) En general vid. "Política para Corregidores..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 234, p. 703 y T. 2, lib. 5, cap. 3, nº 75, p. 646-647. En el caso particular de admisión de apelaciones de reos condenados a muerte, "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nos. 220 y 221, p. 700-1, y T. 2, lib. 5, cap. 3, nº 76, p. 647-48.

También describe este autor conductas malvadas de los jueces, conducentes a evitar admitir apelaciones: "De este lugar es abominar el atrevimiento, y temeraria sevicia de algunos jueces a los quales por esto llaman Baldos y otros maliciosos, que por vanidad de executar justicias corporales, y para asegurarse ellos en residencia de ellas, atormentan a los reos ya convencidos legítimamente de sus culpas, para que confessandolas, les puedan denegar la apelación, y toman por color, que los atormentan para que digan los complices: y si el ánimo de los tales jueces es este, o la dicha ambición, a Dios daran la cuenta", "Política..." T. 2, lib. 5, cap. 3, nº 80, p. 648. Y en otro pasaje describe vívidamente una situación de denegación injusta de una apelación a un auto de tormento: "En estas ocasiones suelen los presos viéndose traer al tormento sacar del seno la petición de apelación... y algunos jueces iniquamente no dan lugar a que la presenten, ni a que la reciba, ni lea el escrivano, y ponen en ejecución el tormento encerrados para ello, y con porteros, y guardas para que no dexen llegar a nadie, y aunque los procuradores instan y claman a la puerta para que los abran y oigan, pasan por todos los jueces y no los admiten, dignos por cierto punición y castigo, pues cierran los oydos a la audiencia y defensa de los reos, tan debida y privilegiada por derecho..." "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 158, p. 687.

(81) Política, T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 219, p. 700.

(82) Política, T. 2, lib. 3, cap. 8, nº 183, p. 195.

(83) Ulpiano en Digesto 49, 1, 13, 1; Modestino en D. 22, 1, 41; Paulo en Sententias 5, 35, 2 etc. Vid. Sobre este tema a Orestano, "L'appello..." p. 376-379.

(84) Probablemente fueron los canonistas lo que más se ocuparon dentro del derecho común de las apelaciones frívolas, vid. Decretales 2, 28, 19; Sexto de Decretales 2, 15, 3 y 5. etc.

- (85) "Pragmatica de nuevas Ordenanzas tocantes a oidores y alcaldes de las Audiencias", dadas por los Reyes Católicos en Toledo, a 26 de Julio de 1.502, recogido en el "Libro de Bulas y Pragmaticas..." fo. 85-88. Esta disposición fue recogida despues en la Recopilación 2, 7, 10.
- (86) La Pragmatica termina diciendo que "solamente de la sentencia diffinitiva o de la interlocutoria cuyo agravio no se pudiere reparar en la diffinitiva de que segun derecho ha lograr apelación, otorgue la apelación e no en otra manera...", "Libro de Bulas y Pragmáticas..." fo. 87.
- (87) Salgado de Somoza "Tractatus..." Par. 3, cap. 6, nº 30. p. 371.
- (88) Scaccia, "Tractatus..." q. 2, art. 3, nº 48, p.8.: "... appellatio frivola, frustratoria, seu temeraria, quae significat appellationem vanam, inanem, et sine iusta causa interpositam, dicitur illa, quae interponitur sine legitima causa, ut quando quis non gravatus appellat... seu quando non inferitur causa rationabilis... vel nullam causam habet expressam, vel non legitimam, vel si legitimam tamen manifeste falsam, seu calumniosam ...".
- (89) Elizondo, "Practica..." T. 6, pp. 101-102. Este autor ofrece una serie de ejemplos: "... si se propone de un auto interlocutorio no exprimiendose causa, o si se refiriese a una reprobada, falsa o menos legítima: si se deduce de una providencia de elección, fundándola en un hecho contrario a los mismos autos: si se instaura de prueba denegada, o que probado no ha de aprovechar a las partes... etc".
- (90) Castillo de Bovadilla, "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 222, p. 701; Maldonado, "Tractatus..." Tit. 6, q. 7, nº 19p. 343; a parte de los citados en las notas anteriores.
- (91) "Tractatus..." Q. 2, art. 3, nº 50 p. 9. Ofrece a continuación un ejemplo curioso de apelación manifiestamente frívola: "puta, inquit iliquis appellavit contra electum, dicens eum monoculum et appareret contrarium, scilicet, quod habet duos oculos...". (loc. cit.).
- Elizondo también dirá que "El juez a quo conoce si debe o no diferirse la apelación, admitiéndola en caso de ser dudosa su justicia...", "Practica..." T. 1, p. 147.
- (92) Modestino en Digesto 50, 16, 106: "Dimissoriae litterae dicuntur, quae vulgo apostoli dicuntur dimissoriae autem dictae, quod causa ad eum qui appellatus est dimititur". Muchos siglos más tarde, Dou y Bassols sentiría la necesidad de recordar el significado original del término, para corregir la interpretación vulgar a la que se había llegado: "... (son) unas letras misivas, que de aquí ha venido el nombre apostolos, del verbo griego "apostello", que significa enviar, y no de las efigies de los apóstoles del sello de las letras como dicen algunos..." "Instituciones..." - T. 6, art. 3, nº 10, p. 331.

- (93) Partidas 3, 23, 26.
- (94) "Pars tenetur petere apostolos..." dirá Bonifacio, aunque "iudex dare tenetur, parti etiam non petenti ut evitet pena...", glosas a Peregrina, - fo. 47.
- (95) Según Padoa, ("Richerche..." T. 2, p. 156) los glosadores ante el supuesto, frecuente en la época, de que el juez se negase a dar los apostoli, - habían aconsejado la inserción de la "petitio" en los libelos.
- (96) Fuero Real 2, 15, 2 y Partidas 3, 23, 26. Término dentro del cual el juez debía dar la "littera". "Et isti apostoli sunt dandi per iudicem a quo in fra terciam diem... Sed de iure civile et canónico sunt triginta dias..." dirá Bonifacio, en glosas a Peregrina fo. 46r. También Díez de Montalvo - en glosas a Fuero Real 2, 15, 2. El Derecho Canónico establecía que el - transcurso del plazo de treinta días, determinaba la deserción de la apelación: Sexto de Decretales 2, 15, 6; Clementinas 2, 12, 2, etc. Otra diferencia entre el derecho común y el castellano era que en aquél, el plazo corría desde el día en que se dio la sentencia, mientras que en el Castellano, desde que se interpuso la apelación, como señala Bonifacio (glosas a Peregrina, fo. 46r). Sobre las diferencias entre el derecho común y el castellano vid. Hevia Bolaños, "Curia Filípica", p. 5, prr. 1, n° 23, = p. 186, y Pérez y López, "Teatro...", T. 3, p. 450.
- (97) Digesto 49, 6, 1, 2. "Sufficit autem petisse intra tempus dimissorias instantanter et saepius..." Sobre la interpretación de este pasaje vid. Orestano, "L'appello...", p. 385-86.
- (98) Como la del "Ordo Invocato" de Bencivenne de Siena (citado por Padoa, "Richerche..." T. 2, p. 150) "ego B. sentiens me gravatum a sententia quam - vos domine B. iudex tulistis inter me et Lucium, Senenses vel Senensens - potestatem appello et apostolos instantanter peto".
- (99) Por ejemplo, proponía Clemente V, "quod per appellantem simul uno contexto apostoli instantanter et saepius postulentur", Clementinas 2, 12, 12. Una glosa a este pasaje de las clementinas, citadas por Morel (en "Le recours ..." p. 120) proponía la siguiente fórmula: "Domine, detis mihi apostolos, et iterum supplico, quod detis mihi apostolos, et iterum vos deprecor, quod detis mihi apostolos".
- (100) Speculum Iuris, lib. 4, P. 3, 1. & Ante Omnia, n° 1., fo. 80r. Durante, es además partidario de que la petición de apostolos debe necesariamente incluirse en el libelo, vid. Speculum, loc. cit., 3. & Sequitur Videre, n° 15, fo. 83.
- (101) Vid. las fórmulas de Infante recogidas en la pag. 147-8 y en la nota 12 a - este capítulo.

- (102) Infante, "Forma Libellandi", fo. 4r.
- (103) Especulo 5, 13, 5.
- (104) Speculum Iuris, lib. 4, p. 2, 3. & Sequitur Videre, nos 1-8, fo. 82r-83:=  
 "Alii sunt testimoniales: quia testificantur de appellatione facta coram=  
 iudice vel coram publicis, vel honestis personis... Alii dimissorii... -  
 per quos appareat, quod iudex appellationi detulit, et sic partem a sua -  
 manu, id est, potestate et iurisdictione dimittit, et eam ei ad quem appe=  
 llatum est mittit... Alii dicuntur refutatorii, per quos apparent, quod -  
 iudex non defert appellationi... Iudex causam refutationi... Alii sunt re=  
verendi... quando scilicet propter superioris reverentiam appellatione de=  
 fertur..."
- (105) Van Spen en su "Jus Ecclesiasticum..." T. 2, Part. 3, tit. 10, cap. 2: -  
 "Apostoli hodie sunt in triplici differentia. Primi dimissorii, qui sunt=  
 litterae ad iudicem appellatum directae, testificantes de appellatione co=  
 ram iudice a quo... (et) per eas causa transmittitur ad iudicem, qui appe=  
 llatus est... Alii sunt reverentiales, quando non ob justitiam causae, -  
 sed solum ob reverentiam Superioris, ad quem appellatum est, defertur appel=  
 lationi, hique hodie ordinarii, et pene soli in usu sunt. Refutatorii de=  
 nique sunt, quibus iudex a quo significat iudici ad quem non admissae appe=  
 llationem..."
- (106) Parece que el tema de las clases de "apóstolos" fue mayormente tratado -  
 por la doctrina Canonista: la literatura jurídica civilista que he exami=  
 nado apenas se ocupa de ello.
- (107) Aparte de la referencia a los apóstolos refutatorii citada en la nota -  
 (103), otro texto del Especulo parece aludir a los "reverentiales", claro  
 está, sin denominarlos de esta manera: "O si dubdare sobre quel agrava -  
 miento, deve dezir como por honra daquel a quien se alzaba recibio el al=  
 zada, e que enbia a amas las partes a él, e les puso plazo para atal dia,  
 e él que enderesce en el juicio lo que toviere por derecho". Especulo 4,=  
 12, 45. En otro texto del Especulo (5, 13, 5) se vuelve a aludir a los -  
 apóstolos reverentiales, parece que referidos a apelaciones de interlocu=  
 torias: "Mas si el alzada fuera fecha sobre alguna cosa que mande el jud=  
 gador, non es tenuto de la rescibir si non quisiere, fueras si la fiziere  
 por onra de aquel a quien se alzan..."
- (108) Especulo 4, 12, 45 y 5, 14, 16.
- (109) Fuero Real 2, 13, 3; Partidas 3, 23, 26.
- (110) Fuero Real 2, 15, 2.
- (111) Especulo 4, 12, 45.

- (112) Partidas 3, 23, 26; también el Doctrinal 6, 1, 20 "et si el alcalle non - diese el scripto como dicho es, mandamos que todo el daño que rescebiese= la parte por mengua de tal escripto, et las costas et las misiones que fi- ciese que las peche el juez". (Partidas 3, 23, 26).
- (113) Fuero Real 2, 13, 3. Añadía también el texto, que el escribano y el juez= debían guardar copia de la "carta", "para testimonio".
- (114) Especulo 4, 12, 45: "... deve seer fecha la carta... por mano del escriba- no del conceio, e seellada con el sello de aquel o de aquellos que judga- ron el pleito". También Partidas 3, 23, 26.
- (115) Como dirá Díez de Montalvo, en glosas al Fuero Real 2, 15, 2.
- (116) "Speculum...", lib. 4, Par. 3, & Sequitur videre, nº 10, fo. 83. Igualmen- te Juan Andrés glosando la Sexta de Decretales (en la edición de Lion de= 1.624, lib. 2, T. 15, c. 46, fo. 266, citado por Morel, "Le recours..." - p. 20) diría que los "apostoli" debían mencionar "quis, contra quem, in - que causa, a quo et quem appellavit".
- (117) "Providencia de Ordenanzas y capítulos de los corregidores, jueces de re- sidencia y gobernadores, del reino", dadas por los Reyes Católicos en Se- villa a 9 de junio de 1.500. Recogidas en el "Libro de Bulas y Pragmáti- cas..." fols. 108r-118r. (El texto que cito se encuentra en el fo. 113).= Esta ley pasó a la Recopilación de Castilla, 3, 6, 29 y a la Novísima 11, 20, 17.
- (118) Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 44, C.L.C. T. 4, p. 649 en la Recopi- lación 4, 18, 10 y en la Novísima 11, 20, 18. Esta disposición comenzaba= diciendo: "Por evitar los inconvenientes, que resultan en no venir en los testimonios de apelación declarada la cantidad sobre que es el pleito, i= si la causa es civil o criminal; mandamos..." Elizondo, un siglo después, escribía que la motivación de esta ley estaba en la necesidad de cortar - toda una serie de prácticas abusivas que empleaban los apelantes para di- latar la resolución de las causas en segunda instancia: "la malicia de - los litigantes, sirvió de estímulo a la ley para prescribir justamente de que los escribanos, ante quienes pasasen los procesos pongan en los tes- timonis...", "Partidas..." T. 4 p. 250.
- (119) Vid. Hevia Bolaños "Curia Filípica", Par. 5, Parr. 2, nº 3, p. 187.
- (120) Vid. Elizondo, "Practica...", T. 1, p. 26; "Librería de Jueces" T. 2, p.= 188; Diccionario Escriche en su voz Apelación, etc.
- (120b) Vid. notas 117 y 118 a este capítulo.
- (121) Texto de Partidas 3, 23, 22; en términos casi literales lo afirmaba el Do- trinal 6, 1, 20.

- (122) *Especulo* 5, 14, 16.
- (123) *Partidas* 3, 23, 27.
- (124) El *Codex* 6, 67, 1 y 2 establecía que el "metus iudicis" no era suficiente causa de justificación para no apelar. Algunos glosadores siguieron esta dirección, pero otros se pronunciaron a favor de considerar la apelación interpuesta: "... aut fuit iustus timor, quia iudex erat potens et non permittebat aliquem appellare..., et tunc perinde est ac si appellasset ...", Odofredo, en *Comm. ad. C.* 7, 67, 1 eod. l. si contra; en el mismo sentido Azzo en su *Summa Codicis* 7, 67 de his qui per metum, nr. 1; citados por Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 161, nota 148.
- (125) Decreto 2, 6, 31 pr. "Si non accipiat, id ipsum contestetur". Probablemente el derecho canónico había tomado como referencia fuentes clásicas que establecían remedios para el apelante que no pudiese obtener los "litterae dimissoriae" del juez, como el texto del *Digesto* 49, 6, 1 y el del *Codex* 7, 62, 31.
- (126) Decretal de Gregorio IX del año 1.235, en *Decretales* 2, 28, 73: "... ad appellationis reputaris beneficium convolasse... si habere ipsius (iudicis a quo) appellare volueras, vel si, habere ipsius copiam naquevistis, in praesentia bonorum virorum protestatione super hoc proposita causas appellationis duxeris exprimenda.
- (127) Respecto de la petición y obtención de "apostolos testimoniales" en los supuestos anómalos de apelación extra-judicial, vid. Henri Morel, "Le recours auroi..." p. 20-23.
- (128) Numerosos autores se ocupan del tema principalmente canonistas, como Durante: "... appellatur debet instanter et saepius et reverenter petere: vel si eos habere non potest, coram eo a quo appellatur publice protestari..." (*Speculum Iuris*, lib. 4, Pars. 3, & Sequitur Videre, nº 12, fo. 83). También Lancelotte: "Appellatio, seu protestatio coram honestis viris cum causa a iure admittitur...", "Tractatus..." Pars. 2, Ampl. 15, p. 217. Entre nuestros autores, Bonifacio en glosas a Peregrina, fo. 47; Montalvo en glosas a Fuero Real 2, 15, 1; Gregorio López en glosas a *Partidas* 3, 23, 27 y 22; Castillo de Bocadilla en "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 235, p. 703; Villadiego en "Instrucción..." Cap. 4, nos. 8-10 p. 100; Azevedo "Comentarii..." glosa a Recopilación 4, 18, 2; Gutiérrez "Practicarum...", lib. 1, q. 102, p. 107-108, etc.
- (129) "Protestatio... vim appellationis habere... (et) operatur effectum devolutivum et suspensivum, ergo attentata..." según dirá uno de los autores más especializados en el efecto suspensivo de la apelación, Lancelotte en su "Tratatus...", Prs. 2, Ampl. 15, nos. 7 y 12, p. 218.
- Bonifacio glosando la Peregrina (fo. 47r) se había preguntado si el ape -

lante, después de efectuar la "protestatio", y cesando dentro del plazo - el miedo, debía apelar de nuevo ante el "a quo": "Respondeo non: quod protestatio secus traxit effectum appellationis: et ideo non oportet geminare...".

- (130) "... sine justa facta non valet..." diría Lancelote, loc. cit., nº 19, p. 218.

- (131) "... debet fieri expressis causis metus. non dico tamen quod teneatur exprimere causas causae..." Bonifacio en glosas a Peregrina, fo. 47.

- (132) Durante habla en general del supuesto en el que "... iudicis persona haberi non potest...". Speculum, lib. 4, p. 3, & Sequitur videre, fo. 83.

Montalvo, habla del caso de la ausencia del juez, precisando que "nec appellans tenetur requirere iudicem nisi in loco ubi jus reddere consuevit..." glosas a Fuero Real 2, 15, 1.

Para Gutiérrez, "in duobus casibus specialibus potest coram honestis personis, notario et testibus appellari: nempe quando copia iudicis haberi non potest, vel quando timetur aditus ad ipsum...", "Practicarum...", lib. 1, q. 102, p. 108.

- (133) Según Bonifacio, que señalaba otra cosa importante, ¿qué pasaba en el supuesto de que la apreciación de la gravedad del miedo suscitara controversia?: "Et quando dubitatur an sit iustus metus arbitrio iudicis committitur... et dicit Inno. (Inocencio IV) quod probata causa presumitur impressio..." Glosas a Peregrina, fo. 47.

Para Montalvo, "sufficiat probare quod alios consuevit terrere, non tamen sufficit quod agendum contra iudicem, quod auandoque tenuerit..." (glosas al Fuero Real 2, 15, 1).

Castillo de Bovadilla reconduce el temor de la parte al "miedo de ser denostado, preso o maltratado del juez...", "Política..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 235, p. 703.

- (134) Bonifacio a Peregrina fo. 47. Respecto del plazo decía en el mismo texto: "quod debet fieri tempore congruo in eo tempore quo actus potest geri".

- (135) En el caso de apelar "coram honestis personis... peti possunt etiam ab eis apostoli testimoniales..." decía Durante ("Speculum..." lib. 4, p. 3, & Sequitur videre, nº 11, fo. 83). Sin embargo, Bonifacio pensaba que no era necesario puesto que "nec reffutatorios nec dilactorios (reverentia - les) potest alius dare quem iudex a quo et ideo quando appellatur Coram iudice ad quem quis non potest haberi copia iudicis: a quo non est necesse quod apostoli petantur..." glosas a Peregrina, fo. 47.



(136) Esta obligación se deducía ya de una Ley del Estilo (135), y se reiteró - en unas Cortes de Madrid de 1.551, en las cuales se estableció que los escribanos debían dar dentro del tercer día testimonio de lo que presenciase, aunque las justicias se opusiesen a ello. (Cortes de 1.551, pet. 41, C.L.C. T. 5, p. 518). Sin embargo, no parece que esta orden tuviese mucha efectividad: solamente unos pocos años más tarde otras Cortes de Valladolid volverían a quejarse de las constantes negativas de los escribanos - (esta vez de los escribanos de las justicias de las villas) a entregar - los procesos a las partes. Vid. Cortes de Valladolid de 1.558, pet. 21, - C.L.C. 5, p. 742-3.

(137) Villadiego "Instruccion...", cap. 4, nº 9, p. 100.

(138) Gregorio López interpretando las Partidas 3, 23, 27: "audietur etiam sine protestatione, per estam legem indistincte loquentem"; Castillo de Bovadilla: "... y aun sin hazer esto (protestando) siendo la causa del miedo - grave y durando la ocasión del, sera oydo en su justicia... y assi lo he visto practicar...", "Politica..." T. 1, lib. 2, cap. 21, nº 235, p. 703; también Villadiego en "Instruccion..." Cap. 4, nº 3, p. 99-100; Elizondo en "Practica..." T. 1, p. 147.

Esta idea debió surgir entre los Comentaristas, pues Bartolo y Baldo vienen casi siempre citados por estos autores en este punto y por otra parte la literatura jurídica anterior al comentario, hablaba de la "protesta - tio" como un requisito necesario.

(139) Vid. Orestano, "L'appello..." p. 387 y sig.

(140) Ulpiano en Digesto 49, 5, 5 pr. y D. 49, 7, 1 pr; Macro en D. 49, 5, 6 y Codex 7, 62, 3.

(141) Orestano, loc. cit., p. 393.

(142) Constitución de Teodosio II, recogida en el Codex, 7, 62, 31: "si appellationam oblatam... iudex non suscepit..., ad deponendam super hac iniquitate querimoniam...".

(143) Según la opinión muy acertada de Padoa Schioppa (vid. "Ricerche..." T. 11, p. 159 y T. 1, p. 157 y 175). El emplazamiento del juez autor de la - sentencia por el superior, es típico del procedimiento germánico, como se hallan otros autores, i.e. Morel, "Le recours..." p. 6; Fournier, "Essai - ..." p. 150-1, etc.

Según Padoa Schioppa, los glosadores insertaron este trámite procedimental, interpretando erróneamente el texto teodosiano (Codex 7, 62, 31), - que disponía se emplazase al adversario del apelante en el tribunal superior. El "adversarius" se entendió como el juez que se había negado a - otorgar la apelación.

- (144) El aparato acursiano recogía glosas que en su mayoría eran partidarias - del "digno supplicium" del que hablaba una constitución tardía de Constantino del año 331, recogida en el Codex 7, 62, 17. Una glosa especificaba - que el "Supplicium" como sanción debía imponerse en las causas criminales y no en las civiles, gl. digno supplicio, ad. C. 7, 62, 19 de appell., l. a proconsulibus (citada por Padoa, loc. cit., p. 160, nota 142).
- (145) Ley del Estilo 155.
- (146) Ley del Estilo 135.
- (147) Partidas 3, 4, 6.
- (148) Partidas 7, 10, 4, que imponían la "pena de forzadores" a los jueces u - oficiales que impidiesen las alzadas.
- (148b) Ordenamiento de Alcalá 13, 4; Recopilación 4, 18, 2 y Novísima 11, 20, 3.
- (149) "... licet de stylo cancellarias hujus regni omni appellatione est deferendum per iudicem alias condemnatur in expensis. Est tamen notandum, - quod quando a iudice appellatur potest suam sententiam defendere: inter - rest enim sua..." Sin embargo es consciente de que el juez no actúa en este caso como adversario del apelante: "... non tamen potest iudex in se - iudicium assumere animo novandi: quia non est proprie adversarius...", - glosas al Fuero Real 2, 2, 2.
- (150) Pragmática de Nuevas Ordenanzas tocantes a oidores y alcaldes de las - Audiencias, dadas por los Reyes Católicos en Toledo a 26 de julio de - 1.502, recogida en el "Libro de Bulas y Pragmaticas..." fols. 85-88.
- (151) Pragmática de 1.502, citada en la nota anterior f. 87r.
- (152) Vid. por ejemplo Villadiego, "Instruccion..." cap. 4, nº 12, p. 100; Azcedo "Comentarii...", en glosas a Recopilación 4, 18, 2, p. 439.
- (153) Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 131. Este autor habla de la querella como "remedio de acudir a la Chancillería, presentándose de hecho, refiriendo el caso con prolixidad, y pidiendo...", etc.
- (154) Leyes del Estilo 155.
- (155) Fuero Real 2, 15, 9.
- (155b) Especulo 5, 13, 5.
- (156) En las Ordenanzas Reales de Castilla, la multa era de "treinta marcos de oro" (O.O.R.R. 3, 15, 1), lo cual se tradujo en "treinta mil maravedis para nuestra Cámara", en la Recopilación 4, 18, 12 y 13 y Novísima 11, 20, = 24.

- (157) Vid. Castillo de Bovadilla en "Politica..." T. 2, lib. 5, cap. 3, nº 78,= p. 648 y Azevedo en "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 13, p. 477. Ambos autores citan a un tal Navarro, según el cual el juez que no otorga - la apelación peca mortalmente; también a Baldo (en cap. Bonas, el I, nº - 12 de Electio. text. in Authant de Quaestore).
- (158) Ordenamiento de Alcalá, tit. 13, ley 1.
- (159) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 4; Recopilación 4, 18, 3; Novísima - 11, 20, 23.
- (160) Gómez de la Serna, "Exposición de Motivos...", p. 37.
- (161) Gómez de la Serna, loc. cit.
- (162) Ley de Enjuiciamiento de 1.855, art. 75.
- (163) Ley de Enjuiciamiento de 1.881, arts. 398, 399 y 400.
- (164) Art. 398 de la L.E.C. (1.881). La Ley de 1.855 nada decía sobre plazos o= términos para sustanciar este recurso. Gómez de la Serna (en su "Trata - do..." p. 340) decía que la "expresión de la queja ante la Audiencia res- pectiva" debía hacerse "en el día" en que se diese el auto denegando la - admisión de apelación.
- (165) Orestano, "L'appello...", p. 398-400.
- (166) Orestano, "L'appello...", p. 401-402. Según este autor desde Diocleciano= aproximadamente comienza a hablarse de suspensión: e.g. "sententia... - appellationis sollemnitate suspensa..." Codex 2, 4, 32.
- (167) Ulpiano D. 49, 7, 1, 1.
- (168) Texto de Gordiano en Codex 7, 62, 3; otros textos en el mismo sentido: Ma- cro D. 49, 5, 6, Modestino D. 49, 1, 16, etc.
- (169) La apelación "recepta vel non", si interpuesta producía ya efecto suspen- sivo: "Appellatione interposita, licet ab iudice repudiata sit, in praedi- cium deliberationis nihil fieri debere...", texto de Gordiano antes cita- do en Codex 7, 62, 3.
- (170) Vid. Orestano, "L'appello...", p. 414.
- (171) Ulpiano D. 26, 5, 2.
- (172) Ulpiano D. 5, 2, 27, 3.

- (173) Papiro Justo D. 49, 1, 21, 3 y Paulo en sentencias V, 36, 1-2.
- (174) Una constitución del 386 recogida en el Codex Theodosianus 11, 37, 1 y - posteriormente en el Codex Justiniani 7, 69, 1.
- (175) Tratado Superest Videre, reproducido en apéndice en el libro de Padoa - Schioppa "Richerche..." T. 2, p. 244.
- (176) Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 151, n. 111.
- (177) Marciano, D. 49, 16, 1, 14: "...provocationis remedio condemnationis extinguatur pronuntiatio...".
- (178) Padoa, "Richerche..." T. 2, p. 153 y también nota 114.

Los partidarios principales de la tesis de la extinción fueron Bulgaro, - Bassiano y Rodofredo. Ugolino, era partidario de la suspensión, en base a que la posible confirmación por el superior de la sentencia del inferior, debía contar con una decisión existente aunque suspensa. El aparato de - Accursio recogió una postura ecléctica, aunque en general tendía a la tesis de la extinción. Vid. Padoa, loc. cit., p. 152, nota 113.

- (179) Padoa, "Richerche..." T. 2, p. 151, n. 112. El Codex 7, 69, 1 establecía= que las sentencias sobre causas posesorias debían ejecutarse no obstante apeladas: la glosa acursiana prohibía su apelación: gl. momento, ad. C. 7 69, 1 si de moment possess.
- (180) Partidas 3, 23, 26. Con términos casi literales el Doctrinal 6, 1, 24. El= Espéculo también establecía que el juez a quo "non se deve entremeter del pleito nin fazer ninguna cosa en él, fasta quel plazo sea cumplido".
- (181) Fuero Real 2, 15, 4.
- (182) Fuero Real 2, 15, 8: esta Ley establece la prohibición de apelar como una excepción a la regla general: "Maguer que sea establecido... que el alca] de dé alzada en todo pleito, pero son pleitos en que no queremos que el - alcale que los judgare dé alzada...".
- (183) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 11; Recopilación 4, 18, 6; Novísima= 11, 20, 22.
- (184) "La preciosa distinción" como dice Caravantes, autor que ya nota que la - separación de los efectos de la apelación fue obra del derecho canónico.= Vid. "Tratado..." T, 4. p. 24.
- (185) Decretales 2, 28, 2: "Etiam pro minoribus seu levioribus causis appellare= potest"; Decretales 2, 28, 12: "Secundum canones appellatur etiam ante - sententiam: secundum leges non...".

- (186) Decreto 2, 2, 6, 31.
- (187) Decretales 2, 28, canones 16, 25, 53, etc.
- (188) Decretales 2, 28, 17.
- (189) Según una Decretal de Bonifacio VIII (en el Sexto de Decretales 2, 15, 7) la apelación de la sentencia interlocutoria no produce efecto suspensivo= hasta que se pruebe el agravio, o bien el superior inhiba al inferior expresamente: "Illa vero, quae post appellationem interpositam ante diffinitivam sententiam innovantur, donec appellationis causam veram esse constituerit, revocari non debent: nisi iudex appellationis, postquam sibi constiterit per appellationem emissam ex probabili causa fore ad se negotium= devolutum inhibeat canonice iudice, a quo appellatum...".
- (190) La misma decretal de Bonifacio VIII, citada en la nota anterior comenzaba diciendo: "Non solum innovata post appellationem, a diffinitiva sententia interiectam, debent semper, exceptibus casibus, in quibus iura post sententiam prohibent appellare, ante omnia per appellationis iudicem penitus= revocari...", Sexto de Decretales 2, 15, 8.
- (191) "Speculum", Lib. 2, Par. 3, 11 Novissime, números 1-3, fo. 210-210r.
- (192) Vid. Hevia Bolaños, Curia Filípica, p. 5, Parr. 1, n. 19, p. 185: "y aunque el príncipe, con justa causa puede si quiere quitar el efecto suspensivo de la apelación no puede quitar el devolutivo, por ser defensa del derecho natural...".
- (193) Baldo, citado por numerosos autores: Hevia Bolaños, loc. cit. en nota anterior, Castillo de Bovadilla en Política T. 1, lib. 2, cap. 21, n. 255,= p. 708, etc. Vid. también a Della Rocca, "Saggi di diritto procesuale canonico", Padua 1.961, p. 167.
- (194) Para Dou y Bassols "este efecto... lo exige la misma naturaleza de las - apelaciones". "Instituciones", T. 6, n. 24, p. 338.
- (195) "... ut devolvat causam et iurisdictionem ad iudicem ad quem...", Scaccia "Tractatus..." q. 3, art. 1, n. 13, p. 12; Van-Spen, en su "Jus Ecclesiasticum..." decía "Appellatio duplicem habet effectum, devolutivum et suspensivum, priorem quidam in quantum, appellatione mediante causae cognitio et decisio devolvitur ad iudicem appellationis..." (citado por Della Rocca en "Saggi..." p. 169, nota 11).

El término "devolutivo", que la literatura jurídica comienza a utilizar - desde la Baja Edad Media -principalmente canonistas al principio- y que - llega hasta nuestros días, hace referencia a la idea de que toda jurisdicción es delegada, y el juez de quien se apela, debe por tanto "devolver"= su jurisdicción a la instancia superior para posibilitar el examen de lo=

que juzgó. El carácter "gradatim" de la apelación presupone que de instancia en instancia, la jurisdicción volvería paulatinamente a su fuente original: el Príncipe.

- (196) "Si negetur, per appellationem negotium devolutum, non inhibebit archiepiscopus iudicem principalis causae procedere, nisi prius de devolutione constiterit", Sexto de Decretales 2, 15, 3. La misma fuente castellana de las Leyes del Estilo 158, establecía que "quando la demanda es sobre muchos artículos y el Alcalde juzga sobre uno, maguer se alzó la parte puede juzgar sobre los otros", es decir el a quo "devuelve" la jurisdicción sobre el artículo apelado, pero sigue conservando jurisdicción sobre el resto de la causa. Según Castillo de Bovadilla, "la causa de apelación no se devuelve al superior, sino en lo apelado ante él, ni puede pronunciar sobre más, según Bartolo...", "Política...", T, 1, lib. 2, cap. 21, n.255 p. 708.
- (197) "Iudex appellationis succedit in locum iudicis a quo in appellationi est quaedam subrogatio..." según Scaccia, "Tractatus...", q. 3, art. 1, n. 15 p. 12.
- (198) "Remedio appellationis... non devolvit causas ex una iurisdictione in aliam, sed devolvit causas intra unam, et eandem gradatim expeditur..." - dice Carleval, hablando precisamente de la nulidad de apelaciones interjurisdiccionales entre tribunales laicos y canónicos. "Tractatus...", Tit.1 Disput. 2, sect. 3, n. 947, p. 207.
- 199) La Ley de la Recopilación 4, 1, 3, que recogía una norma de Alfonso XI dada en las Cortes de Valladolid de 1325 (pet. 25), que precisamente iba dirigida a prohibir las interferencias de los jueces eclesiásticos en la jurisdicción real.
- 200) El juez superior no puede tampoco dar inhibitoria contra el inferior sin vista de los autos. Vid. Domínguez, "Ilustración a la Curia..." T, 1, p. 5, C. 2, n. 5, p. 392.
- 201) Según Cañada, en "Instituciones..." T. 1, p. 2, cap. 3, n. 33, p. 281.
- 202) Partidas 3, 23, 26; Espéculo 5, 6, 12; Doctrinal 6, 1, 24; Fuero Real 2, 15, 4; Margarita de los Pleitos 20, 1.
- 203) "Et pendente appellatione nil debet inovari" Peregrina fo. 48; "an iudex inferior pendente negocio coram superiore possit seu debeat aliquid innovare... Nec sententia debet executare". Bonifacio en glosas a Peregrina fo. 48r. Según Scaccia "... suspendat iurisdictionem iudicis a quo et eximat appellantem ab eius iurisdictione et potestate quoad illam causam... pendente termino ad appellandum nihil est innovandum...", "Tractatus...", q. 3, art. 1, n. 16-19, p. 12. Para un autor como Villadiego, el efecto suspensivo "... suspende la jurisdicción del juez a quo, respecto del futuro

evento y suspende y le extingue respecto del presente..." "Instrucción.." C. 4, n. 39, p. 103. Cañada hablará de la actuación del efecto suspensivo= como "adormeciendo la jurisdicción del juez que conoce la causa..." "Instituciones..." T, 1, p. 2, cap. 2, n. 5, p. 240, etc.

- (204) Para Bonifacio la innovación puede ser de tres maneras: "... triplex est= novatio: legis, iudicis, et partium.. sit novatio infra tempus appellandi (cuando por ejemplo al condenado se le considera infame antes de que la - sentencia sea firme por transcurso del plazo para apelarla)..., per iudicis: et tunc aut de iudice a quo, nihil potest innovare... (el juez ad - quem sin embargo si puede actuar siempre que la apelación "sit interposita et pendeat")... Tercia est innovatio per partium": si se trata del ape - lante, sus actos no son revocables puesto que se considera que renuncia a la apelación; pero si se trata del apelado, sus actos son nulos y revoca - bles. Glosas a la Peregrina, fo. 49.
- (205) "... talia gesta post appellationem legitimam sunt nulla ipso iure... et= poterunt per viam nullitatis retractari..." Montalvo, en su "Secunda Com - pilatio Legis..." fo. 8r.
- (206) Según la definición de las "Expositiones Nominum Legalium..." "Attentare= est similiter infirmare, unde dicitur "Sententia iudicis appellatione sit attentata".
- (207) Según dirá un autor tardío como Elizondo, para quien hay tres clases de - atentados: "unos que se hacen con autoridad del juez, pendiente el pleyto ante otro: algunos se ejecutan después de la apelación interpuesta o du - rante su prosecución; y otros se practican después de la inhibición, re - querido el juez a quo con la provisión o despacho del ad quem para la re - misión de los autos en desprecio de su autoridad... Las dos primeras espe - cies se llaman de derecho, y la última de hecho: todas las cuales se equi - paran al despojo violento..." "Práctica..." T. 3, p. 197.
- (208) Fuero Real, 2, 15, 4.
- (209) Partidas 3, 23, 27.
- (210) Sobre los actos atentatorios de las partes véase la opinión de Bonifacio= en la nota supra 201. Gregorio López en su glosa a Partidas 3, 23, 26, di - ce que la prohibición de innovar solo afecta a las partes y no a los ter - ceros: "... ne aliquid attentet innovando... habet locum ista regula res - pecti partium, non respectu tertii... nota etiam quod si appellans lite - pendente spoliat adversarium, videtur renuntiare appellatione..." Igual - que Bonifacio (nota 201) observa que el atentado solo puede provenir del= apelado, hablando en sentido estricto, pues los actos "atentatorios" del= apelante sólo se equiparan a una renuncia al recurso, independientemente= de las medidas que se tomen contra ellos.

- (211) "Ca si lo... feziese, develo desatar quando gelo mostraren a aquel a quien se pueden alzar de su juyzio de aquel judgador que dixiemos, levando la querella por alzada antél aquel que se toviere por agraviado en tal manera como es dicho" Espéculo 5, 6, 12.
- (212) Expresión que utilizan Montalvo (en glosas al Fuero Real 2, 15, 4) y Gregorio López (glosas a Partidas 3, 23, 27). También Bonifacio, en glosas a Pe regrina fo. 49: "revocentur de plano sine libello solo iudicis officio". - Según Salgado, el juez ad quem es el único que puede revocar el atentado: "Hinc est quod ad nullum alium, quam ad iudicem ad quem pertinet revocare= et reponere attentata facta appellatione pendente..." "Tractatus de Regia= Protectione...", P. 1, cap. 3, n. 9, p. 94.
- (213) "... revocatio attentatorum tum demum locum habet, et fieri debet cum petita fuerit, priusquam in causa appellationis litis contestatio expresse, - aut tácite fiat super principali apud iudicem superiorem... in eodem libello peti sententiae lata et attentatorum revocationem...", Covarrubias - "Practicarum Quæstiones...", Cap. 23, n. 3, p. 601.
- (214) Sexto de Decretales, 2, 15, 7.
- (215) Durante en su "Speculum..." Lib. 2, Part. 3, Novissime, n. 4, fo. 210r. - Tancredo en su Ordo Iudiciario (citado por Morel, "Le recours..." p. 32).
- (216) Vid. Morel, "Le recours...", p. 32.
- (217) "... sufficit illi qui petit revocationem attentatorum, quod probet attentionem, licet non probet possessionem, quae est attentata..." Gregorio= López, glosas a Partidas 3, 23, 27.
- (218) Según Salgado, en "Tractatus de Regia Protectione..." P. 2, cap. 18, n. - 40, p. 313. También Elizondo en su "Práctica..." T. 4, p. 275.
- (219) A ello se refieren los procuradores de las Cortes de Valladolid de 1.542, quejándose del modo en que los jueces defienden en residencia los cargos= contra ellos por atentado: "Executan las sentencias sin embargo de apelacion... y las partes... o sus herederos se quejan de los tales jueces ante los del vuestro consejo o en las Chancillerías o ante los jueces de residencia y los tales jueces que hicieron el dicho agravio y por hacer más molestia a los mismos que agraviaron que a sus herederos se ofrecen a probar, y porque es justo que ellos den cuenta de lo que hicieron por el mismo proceso viejo por donde ellos se movieron a condenar y ejecutar, y no= por autos nuevos, suplicamos a vuestra magestad mande que los tales jueces... den cuenta y razón de lo que hicieron por los mismos procesos viejos... y no por otros autos, ni probanzas nuevas..." Cortes de Valladolid de 1.52, pet. 60, C.L.C. T. 5, p. 245.



- (220) Cortes de Valladolid de 1.542, pet. 60, C.L.C. T. s, p. 242
- (221) "... ut hoc casu volenti procedere ad executionem spreta appellatione possit etiam impune resistit..." "Tractatus de Attentatis..." P. 2, limit. 1 n. 107, p. 232. Esta idea no era original de Lancelotte, pues ya se encuentra en algún autor anterior como Bonifacio "... potest executionem de ferre resistere vel impedire..." glosas a Peregrina fo. 41.
- (222) Lancelotte, "Tractatus..." P. 2, limitat. 25 números 1 y sig. p. 270-275. También Covarrubias en "Practicarum..." Cap. 23, n. 7, p. 605; Elizondo - en "Práctica..." T. 3, p. 49, etc.
- (222 bis) Lancelotte, "Tractatus..." P. 2, c. 12, limit. 4, p. 300 y sig. También Scaccia, "Tractatus..." Q. 3, art. 1, números 22-39, p. 13 y sig.
- (223) Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 1<sup>a</sup>, cap. 8, números 8-9.
- (223 bis) Vid. Caravantes, "Tratado..." T, 4. p. 36.
- (224) Principalmente todos los casos regulados por el Fuero Real, 2, 15, 8 que pasaron a las Recopilaciones. Vid. p. y nota . La literatura entendió que todas estas causas eran apelables en un solo efecto. Vid. Montalvo en Glosas al Fuero Real 2, 15, 4 y 8; Covarrubias en "Practicarum..." cap. 24, n. 1, p. 608; Villadiego en "Instrucción..." cap. 4, n. 39, p. 103; - Azevedo en "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 6, p. 446; Carleval en - "Tractatus..." Tit. 2, disp. 8, nota 35, etc.
- (225) La petición 64 de las Cortes de Toledo de 1.525, fue recogida por la Recopilación 3, 7, 17. Unos años más tarde las Cortes de Valladolid de 1.544, pedirían al rey que se guardase lo establecido en Toledo para las apelaciones de residencias hasta la cantidad de 3.000 maravedís, y denuncian - que el Consejo Real está dando "cartas e provisiones acordadas" contra esta disposición. (Pet. 23, C.L.C., T. 4, p. 315). Unas Cortes de Valladolid de 1.555 piden que la cuantía ejecutable "sin embargo de apelación" - ascienda de 3.000 a 6.000 maravedís pero el rey no lo acepta (pet. 10, - C.L.C. T. 5, p. 632).
- (226) Las Cortes de Segovia de 1.532 (pet. 22), las de Madrid de 1.528 (pet. 37) y las de Valladolid de 1.537 (pet. 30), sobre la ejecución de penas - de ordenanzas municipales hasta la cantidad de 1.000 maravedís se recogen en la Recopilación 4, 18, 9 y Novísima 11, 20, 16.
- (227) Ya las Cortes de Valladolid de 1.537 (pet. 122, C.L.C., T. 4, p. 679-80) = denunciaban que los "mercaderes y cambiadores" utilizaban maliciosamente = el recurso de apelación para aplazar el pago de sus deudas: "se alcan a los tiempos y plazos que son obligados de pagar, de quien viene daño a muchas personas y perjuyzio a la contratación de estos rreynos...". Las Cortes de Madrid de 1.551 presentaban una denuncia parecida: "... se multi -

plican los pleitos con oposiciones y ecepciones que se oponen contra las= executorias, y terceros opositores que salen las más veces buscados por - los executados por dilatar la paga: e ansi quando piensan acabar comienza de nuevo el pleyto lo qual se podría remediar mandando que las executo - rias dadas en contradictorio juyzio se executen, sin embargo de cualquier oposición, ansi del executado como del tercero, de tal manera que el exe- cutado ante todas cosas pague lo porque le dieron a executar, dando la - parte fianzas a aquel a quien mandaren pagar... pues con esto la parte po- dría seguir la appellation y el tercero opositor su justicia..." (pet. 14 C.L.C. T. 5, p. 503-4). Finalmente en 1.566, una disposición de Felipe II que se recoge en la Recopilación (4, 21, 19) dispone que las sentencias - de remate en los juicios ejecutivos "se ejecutan sin embargo de cualquier apelación".

- (228) Por ejemplo las Cortes de Segovia de 1.532, piden que las sentencias rela- tivas a la "pragmática del pan", puedan ejecutarse "sin embargo de apela- ción" (pet. 44, C.L.C. T. 4, p. 548). Las Cortes de Toledo de 1.538 tam- bién piden que en pleitos sobre cuentas de tutores y curadores la apela- ción sea solo admisible en un efecto (pet. 58, C.L.C., T. 5, p. 131). Las Cortes de Madrid de 1.583 piden lo mismo sobre "sentencias confirmatorias del parecer de contadores nombrados por las partes" (pet. 45, recogido en la Recopilación 4, 21, 24 y Novísima 11, 27, 5).
- (229) Recopilación 3, 17, 17; Recopilación 4, 18, 9 y Novísima 11, 20, 16; Reco- pilación 4, 21, 19, etc. Vid. notas anteriores.
- (230) Hablando de la admisibilidad en uno o dos efectos de la apelación en cau- sas posesorias, Covarrubias dice que la regla no puede ser tajante: "imo= utroque jure admittendam esse appellationem (ad utrumque effectum suspen- sionis et devolutionis) a sententia lata in judicio possessorio eo tantum casu quo gravamen non possit per sententiam in petitorio judicio pronun- ciandum reparari...", ("Practicarum...", cap. 23, n. 8, p. 605-6). En el= caso de la mera interlocutoria, el efecto suspensivo será decidido por el ad quem que haya considerado su importancia: "... si appellatio ipsa fue- rit proposita ab interlocutoria quae fuit pronunciata in articulo et - quaestione admodum connexa principali controversiae, et causae, et in hoc casu novata pendente appellatione non sunt revocanda, donec probetur vera et iusta causa ipsius appellationis..." pues esta apelación "... exigit - necessario causae expressam mentionem et justificetur et ejus probatio ut omino suspensa sit ad effectum revocandi attentata jurisdictio..." En es- te caso el efecto suspensivo está condicionado a la prueba de la justa - causa de la apelación, y actúa con efecto retroactivo en cuanto a la revo- cación de actos atentatorios, "Practicarum..." cap. 24, n. 1, p. 608. Maí donado en su "Tractatus de Secunda Supplicatione": "... cum a novo quolibet gravamine irreparabili appellatio concedatur in utrumque effectum...", - Tit. 3, q. 9, n. 11, p. 158.

- (231) "Remedio igitur dicti... (apelación en un efecto) provenit a mero judiciis officio ob rectam gubernationem, et tranquillitatem, ad sedandas rixas, tumultum et controversias, et vitandae scandala...", Salgado, "Tractatus..." p. 2, cap. 9, n. 6, p.
- (232) Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, cap. 2, n. 46, p. 252.
- (233) Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, n. 42, p. 344.
- (234) Elizondo, "Práctica..." T. 6, p. 107 y sig. El mismo criterio seguirá el - Diccionario Escriche: "se admite la apelación en ambos efectos cuando la - causa no es urgente y se trata en juicio plenario..."
- (235) Es el criterio legalista que sigue la "Librería de Jueces..." de Silvestre Martínez, T. 2, p. 139.
- (236) No es desde luego una clasificación muy afortunada puesto que las dos razones aducidas están en realidad conectadas la una con la otra, pero el casuismo asistemático en esta materia hace muy difícil una clasificación lógica.
- (237) Fuero Real 2, 15, 8; Vid. Glosas de Montalvo a esta ley. Estos casos todavía se mencionan por autores del XIX: Vid. Elizondo, "Práctica...", T. 1, p. 148-149; y Dou, "Instituciones...", T. 6, n. 26 y 47, pp. 338 y 346.
- (238) Van-Spen, "Jus Ecclesiasticum..." T. 2, p. 3, n. 14, p. 158. La razón de la urgencia también la aduce Salgado al hablar de la apertura de testamento "Et est ratio, quia apertura testamente celeritatem requiri...", "Tractatus...", p. 3, cap. 12, n. 120, p. 454.
- (239) "Et nota quod is a quo petentur alimenta, pendente appellatione... tenetur ipsum petentem alimentare..." Montalvo, glosas a Fuero Real 2, 15, 8 y Carleval: "Ita contigit in multis aliis juris articulis, ut in causis alimentorum, a decretis affirmativis non appellatur, a negativis autem potest appellari..." "Tractatus de Judicis..." T. 2, disput. 8, n. 35, p. 54, Vid. - también Van-Spen; "Jus Ecclesiasticum..." T. 2, p. 3, tit. 10, cap. 3, p. = 182; Gutiérrez "Practicarum..." L. 1, Q. 106, p. 111, com. a Recopilación = 4, 18, 6; Elizondo, "Práctica..." T. 1, p. 148, etc.
- (240) Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, cap. 2, n. 55, p. 255. Este autor - relata una discusión doctrinal entre Salgado de Somoza y Scaccia sobre este punto. Salgado sostenía que las sentencias de alimentos eran solo admisibles en un efecto si se solicitaban "ex officio judicis" y no "vi actionis", mientras que Scaccia y Surdo (autor experto en el tema, por su tratado "De alimentis") mantenían que las sentencias de alimentos eran siempre apelables en un efecto, fuera la causa promovida de oficio o por acción de la parte. Covarrubias se adhirió a esta última tesis estableciendo el re -

quisito de la pobreza del que ha de recibir los alimentos, opinión que recoge Cañada. Sobre la opinión contraria de Salgado vid. su "Tractatus..." p. 3, cap. 1, n. 13, p. 335.

- (241) "Pensio reservata pro alimentis et pro vitae humanae sustentatione non recipit appellationem suspensivam..." dirá Salgado en su "Tractatus..." p. 2, c. 3, n. 1, p. 349 y sig. Entre las pensiones que cita incluye aquellas dotadas en favor de los clérigos y ministros del altar. En otro lugar advierte que "a pensiones diminutione non potest admitti appellatio suspensiva...", p. 2, c. 2, n. 35, p. 342.
- (242) Aunque Salgado hablaba preferentemente de "Salarium famulorum sententia non suspenditur per appellationem a condemnatione emissam, quia res non patitur dilationem". "Tractatus..." p. 3, cap. 2, n. 78, p. 345. Vid. Elizondo, "Práctica...", t. 6, p. 106 y Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, números 44 y 45, p. 345 y 346.
- (243) "... a decreto sive iudicis mandato executio relaxatio de evacuando, vel tractando appellatione ei differri, quia caret suspensivo... quod sit causa sumaria et privilegiata celeritatis defiderans...", Salgado, "Tractatus..." p. 3, cap. 12, n. 121, p. 454.
- (244) Vid. la parte dedicada al Juicio Ejecutivo en la "Ilustración a la Curia Filípica", p. 5, cap. 21, de Domínguez Vicente. Vid. Elizondo, "Práctica..." T. 1, p. 26 y 118.
- (245) "... a sententia lata in causa et iudicio decimarum, appellationi interpositae an sit deferendum... quia si in vectigalibus et tributis principis solvendis appellans non auditur... sed decimare sunt tributa animae debita principi coelesti... ergo in illo pariter suspensiva appellatio denegari debet..." Salgado, "Tractatus..." p. 3, C. 2, números 63-73, p. 350 y sig.
- (246) Pragmática de Carlos V expedida en Monzón el 30 de septiembre de 1.542 y pragmática de Felipe II de 7 de septiembre de 1.545 expedida en Valladolid, ambas citadas por Dou (en "Instituciones..." T. 6, n. 57, p. 350-51) Para este autor "este derecho se fundará en no deberse rezelar que sea insolvente el fisco en caso de condenarsele después".
- (247) Decreto de 12 de mayo de 1.743, recogido en Colección de Autos Acordados= 8, 26, 2. Vid. Dou, "Instituciones..." T. 6, n. 50, p. 347; Elizondo, "Práctica..." T. 6, p. 110, etc.
- (248) Recopilación 4, 18, 9 ya citado. Vid. Salgado, "Tractatus..." p. 3, cap. 1 números 54 y 55, p. 335.
- (249) Las sentencias sobre Repartimientos (divisiones de las cargas fiscales en una ciudad con valoración proporcional) admitían un procedimiento de re-

vista ante el Corregidor y los repartidores, y la resolución de este grado de revista debía ejecutarse "sin embargo de reclamación o apelación",= Castillo de Bovadilla, "Política..." T. 2, lib. 5, cap. 5, números 34-36, p. 712-13.

- (250) Castillo de Bovadilla interpretando los capítulos 30 y 31 de una pragmática dada por los Reyes Católicos en Sevilla a 9 de junio de 1.500, recogida en la Recopilación 3, 6, 22, "Política..." T. 2, lib. 5, cap. 4, números 67-84, pp. 687-692.
- (251) Una pragmática de Felipe IV dada en Madrid a 14 de noviembre de 1.542 (recogida en la Colección de Autos Acordados 5, 21, 16, capítulo 18, p. 128) equiparaba el "falseamiento de moneda al crimen de aleve y de robo público", y establecía que las penas debían ejecutarse sin embargo de apelación.
- (252) Castillo siguiendo a Belluga, "quando los indicios son urgentes no se admite apelación del tormento". Alega también la urgencia de las causas de pesquisa, "el término con que se procede en ellas es corto y si se hubiese de otorgar apelación y esperar la revista de los Superiores, se pasaría y quedaría siempre frustrada y baldía la comisión..." "Política...", T. 1, lib. 2, cap. 21, n. 157, p. 687.
- (253) Castillo de Bovadilla, rebate con amargura la opinión favorable (a la ley de Recopilación 3, 7, 17) de Acevedo, diciendo que no puede únicamente alegarse la utilidad de la ley sin tener en cuenta los daños que ocasiona: "Yo afirmo que si el hubiera dado residencias y experimentado la miseria de ellas, y los grandes trabajos que padecen los buenos jueces y Corregidores, echará de ver quanto importa que los Ministros de Justicia sean con todas defensas y remedios ayudados, y contra tantos adversarios, que con molestias y calumnias los procuran infestar y contrastar..." "Política..." T. 2, lib. 5, cap. 1, n. 248, p. 565.
- (254) Vid. Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, c. 2, n. 51, p. 253; Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, n. 37, p. 342: "para evitar desordenes y violencias de hecho parece, que tampoco se admite apelación, por lo menos en el efecto suspensivo de las tales sentencias en juicios posesorios..."
- (255) Una constitución de Valerio del año 386, recogida en el Codex 7, 69, 1.
- (256) Según Bonifacio en glosas a Peregrina, fo. 43, quien excluía los casos en los cuales el "gravamen non potest reparari in petitorio". Este era precisamente el argumento empleado a favor de la inapelabilidad de las causas posesorias: "quia praevudicum proveniens ex sententia lata in possessorio - per petitorium reparari potest..." como dice Maldonado en su "Tractatus...", Tit. 3, q. 10, n. 1, p. 162.

- 257) Vid. Covarrubias, "Practicarum Quaestiones...", cap. 23, n. 8, p. 60 s. y Salgado, "Tractatus..." p. 2, cap. 7, p. . No solamente la doctrina, si no también la legislación real, como se desprende de las Ordenanzas de Monzón de 1.552, dadas por Carlos I y Felipe II, en su capítulo II, recogido por la Recopilación 3, 1, 16 y Novísima 5, 2, 13.
- 258) Covarrubias, "Practicarum..." cap. 23, n. 4, p. 602; Elizondo, "Práctica..." T. 1, p. 148 y T. 6, p. 105.
- 259) Esta opinión ya la recoge Bonifacio en sus glosas a la Peregrina, fo. 43r "si possessorio non est merum sed mixtum cum causa proprietatis quia est illius nature: respondeo potest appellari et de iure civili: quia maior causa proprietatis trahit ad se minorem possessionis...". El mismo argumento dará Salgado: "petitorium absorbens possessorium attenditur ad effectum appellandi...", "Tractatus...", P. 2, Cap. 7, n. 143, p. 213. Elizondo, siguiendo a Salgado ofrece un criterio más general: "En todos aquellos casos donde concurren acerca de una misma cosa dos qualidades, una permisiva de apelación y otra negativa, como v.g. quando el juicio posesorio contiene mixta la causa de propiedad, es la sentencia apelable en el todo". "Práctica..." T. 6, p. 106-7.
- 260) Dou, "Instituciones..." T. 6, n. 59, p. 351; Elizondo, "Práctica..." T. 1 p. 149.
- 261) Castillo de Bovadilla establece un ejemplo: "pero bien ha lugar apelación de la condenación de armas, aunque por ser causa leve, se puede ejecutar= sin embargo..." "Política..." T. 1, lib. 1, cap. 13, p. 170.
- 262) Elizondo, "Práctica...", T. 6, p. 104.
- 63) Covarrubias en "Máximas sobre las regalías de fuerza", tit. 12, citado por Dou, en "Instituciones..." T. 6, n. 56, p. 350.
- 64) Art. 70 de la L.E.C. de 1.855: "Procederán libremente en todos los casos= en que no se halle prevenido que se admitan en un solo efecto".
- 65) Gómez de la Serna, "Exposición de Motivos...", p. 35 y "Tratado..." p. 336. Vicente y Caravantes, "Tratado..." T. 3, p. 25.
- 66) Art. 1.214 de la L.E.C. de 1.855.
- 67) Art. 973 de la L.E.C. de 1.855, siempre que "el actor diere fianza bastante a responder de lo que siguiendo el procedimiento... puede percibir y condenarsele a devolver, revocándose la sentencia..." En el caso contrario, era apelable en dos efectos.
- 68) Art. 744 de la L.E.C. de 1.855. Respecto del interdicto de obra vieja, si se decretaba su demolición, se prevée la adopción de medidas de precau -

ción para procurar la debida seguridad (art. 758).

- (269) Art. 729 y 736 de la L.E.C. de 1.855. En este caso el efecto suspensivo - no se producía unicamente respecto de las costas, devolución de frutos e indemnización, pues la restitución si se llevaba a cabo. La Ley ya no hablaba de "juicios sumarísimos de posesión", cuya admisión en un solo efecto había sido recogida en el art. 49 del Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1.835.
- (270) Art. 150 de la L.E.C. de 1.855.
- (271) Art. 268 de la L.E.C. de 1.855.
- (272) Art. 299 de la L.E.C. de 1.855.
- (273) Art. 907 y 908 de la L.E.C. de 1.855, siempre que el apelado de fianza su suficiente a juicio del juez, para responder de la diferencia que hubiese entre la cantidad en la que el apelante se reconozca deudor y la cantidad que se determine por la sentencia.
- (274) Art. 545 de la L.E.C. de 1.855.
- (275) Art. 154 de la L.E.C. de 1.855.
- (276) Art. 168 de la L.E.C. de 1.855.
- (277) Art. 171 de la L.E.C. de 1.855.
- (278) Arts. 436 y 499, L.E.C. de 1.855.
- (279) Arts. 482 y 485, L.E.C. de 1.855.
- (280) Caravantes, "Tratado..." T. 3, p. 26.
- (281) La L.E.C. de 1.881, mantenía la apelación en un efecto de las sentencias provisionales (art. 1.615) y en las sentencias de remate en juicio ejecutivo (art. 1.476), aunque extendía la admisión en un solo efecto a todas las apelaciones procedentes en via de apremio (art. 1531). Respecto del Interdicto de obra nueva, mantenía la apelabilidad en un efecto para la sentencia que ratifique la suspensión (art. 1.669) y la establecía para el caso de concesión por el juez para continuar la obra (art. 1.674). En el interdicto de retener o recobrar la posesión no innovaba respecto de la ley anterior (art. 1.659). Respecto de la sentencia que admite la recusación de personal subalterno de los juzgados, la declaraba inapelable del todo (art. 208); y sobre la providencia que otorga término extraordinario de prueba, precisaba que no solo la afirmativa era admisible en dos efectos, sino que también lo era la denegatoria (art. 560). En relación con la providencia que "determina la cantidad que debe abonarse con arre-

glo a la ejecutoria, mantenía su apelabilidad en un efecto (art. 942) pero sin embargo declaraba apelable en ambos efectos la sentencia que reca-yesse sobre la impugnación de síndicos en el juicio de concurso. Tampoco innovaba respecto de lo establecido en la Ley anterior en materia de acumulaciones (art. 173, 176, 179), etc., etc.

(282) Art. 383 de la L.E.C.

(283) Art. 384 de la L.E.C.

(284) Covarrubias ya habla del auto de admisión en su obra "Variarum Quaestiones", obra que yo no he manejado directamente pero que cita Cañada en sus "Instituciones..." T. 1, p. 2, cap. 3, n. 13, p. 273. Entre la literatura del XVII, lo mencionan, Salgado de Somoza, "Tractatus..." P. 3, cap. 18, n. 1 y sig. p. y Lancelotte "Tractatus..." P. 2, cap. 12, Limit. 1, nº= 72 y sig. p.

(285) Cañada, "Instituciones..." T. 1, P. 2, Cap. 3, números 12 y sig. p. 273 y sig; Elizondo, "Práctica..." T. 1, p. 146; Martínez en "Librería de Jueces..." T. 2, C. 5, n. 48, p. 189, etc.

(286) "... y siempre se provee o debe proveer con Auto arreglado a Derecho, admitiendo o denegando la apelación o distinguiendo los efectos en que puede ser admitida...", "Librería de Jueces...", T. 2, C. 5, nº 48 y p. 189.

287) Vid. Cañada, "Instituciones..." T. I, P. 2, Cap. 3, números 19 y sig., p. 275 y sig. Elizondo, enseguida de ofrecer fórmulas de "pedimentos de apelación" suele recoger la siguiente fórmula de auto de admisión: "Admítase esta apelación quanto ha lugar en Derecho y dése el testimonio que se pide". "Práctica..." T. 1, p. 146.

288) Esto parece deducirse de las palabras de Salgado de Somoza "Secus autem cum clausula (si, et in quantum de iure admitti potest) quæ quidem clausula frequenter uti iudices absolent, quæ operatur, uti si de iura admittenda sit, et deferendum, delatum censeatur; secus autem si deferi de iure non debeat, quia non intelligitur ei delatum, sed omnino a jure delatio pendeat..." "Tractatus..." p. 2, C. 18, números 1 y 2, p. ; También Lancelotte: "Quoniam hoc casu, si de iure non erat deferendum, non censetur delatum...", "Tractatus...", P. 2, cap. 12, limitat. 1, nº 90, p.

289) "Instituciones..." T. 1, P. 2, C. 3, nº 273, p. 277.

290) "Instituciones..." T. 1, P. 2, C. 3. nº 19, p. 275.

291) "Instituciones..." T. 1, P. 2, C. 3, nº 22, p. 276.



- (292) Cañada, "Instituciones..." T. 1, P. 2, C. 3, números 28 y 29, p. 280. Para este autor esta apelación del auto de admisión no tiene efecto suspensivo, pues se trata de un simple "incidente", que "no debe embarazar en - tre tanto la causa principal...", loc. cit., n. 16, p. 275.
- (293) Art. 70 de la L.E.C. de 1.855.
- (294) "Exposición de Motivos...", p. 34.
- (295) "Tratado Histórico..." T. 3, p. 27.
- (296) Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, C. 3, números 28 y 29, p. 280, citado en la nota 292.
- (297) Art. 417 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1.830.
- (298) Según Caravantes, el silencio de la Ley de 1.855 suponía que había que - aplicar al caso las reglas generales sobre apelaciones de autos interlocu torios, que según el primer código procesal eran admisibles en ambos efeg tos. "Tratado...", T. 3, p. 35.
- (299) Según supone Caravantes en su "Tratado..." T. 3, p. 33-34.
- (300) Art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1.830.
- (301) Art. 73 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1.855.
- (302) Art. 74 de la L.E.C. de 1.855. Sobre ambos casos escribe Gómez de la Ser - na, en su "Tratado...", T. 2, p. 339.
- (303) Art. 394, 395 y 396 de la L.E.C. de 1.881.
- (304) Art. 385 de la L.E.C. de 1.881.
- (305) Como dice Guasp, "en definitiva siempre podrá sostenerse que la resolu - ción que se recurre causa un perjuicio irreparable, ya que la irreversibi lidad temporal se da siempre y nunca... será posible volver integralmente= al estado de hecho y de derecho en que se encontraban las partes antes de dictarse la resolución recurrida y ejecutada". "Derecho Procesal Civil",= T. 2, p. 748.
- (306) Partidas 3, 23, 22.
- (307) Como se desprende de Partidas 3, 23, 27, Padoa Schioppa, nota también que los glosadores hablaban también de que la parte debía presentarse ante el juez superior provisto de los autos del primer proceso y de un escrito de alegaciones, vid. "Richerche..." T. 2, p. 163, nota 154.

(308) Ordenamiento de Alcalá de 1.348, 13, 4.

(309) "... pero si el sennor del pleyto es pobre, o el procurador dixiere que - el dicho sennor del pleyto es pobre, e que non ha de que pagar... el Es - crivano sea premiado de le dar el proceso sin dineros..." Ordenamiento de 1.348, 13, 4. Díaz de Montalvo glosando el Fuero Real 2, 15, 2, incluye - la innovación de esta ley: "... talis processus debet dari clausus et sigillatus expensis appellantis... Et hoc verum nisi appellans sit pauper,= quia tunc tabellio debet, compelli procesum sine precuniis pauperi dare".

En principio estos "gastos de traslado del proceso" a la parte, estarían probablemente establecidos para pagar al escribano del juez, principalmente por la confección del testimonio de la apelación. Sin embargo, el cobro de estos derechos debió degenerar en abuso: en primer lugar se ampliaron a los llamados "derechos de saca" (expresión de las Cortes de Madrid= de 1.534, pet. 78, C.L.C. T. 4, p. 603) y en segundo lugar se multiplicaron: no sólo había que pagarlos al escribano del juez a quo, sino también al escribano del juez superior ante quien se presentaba la parte. Estos abusos los denuncian los procuradores en las Cortes: por ejemplo en unas Cortes de Madrid de 1.528, se pedirá "que los escrivanos... ante quien pasaren los procesos de que ha lugar apelacion...", que los den alas partes= que apelaren originalmente sin llevales por ello derechos, pues ya los tienen cobrados..." (pet. 145) y también denuncian que "... la parte que= apela dela sentencia que se dá contra él, paga los derechos de sacar el - proceso dela escrivania dela cibdad, villa o lugar ante quien pasó y el - escrivano del consejo e chancillerías ante quien se viene a presentar, de la sola presentación e vista se les va otros tantos derechos", y explican= al rey que "... haga merced a estos rreynos de quitar los derechos de las presentaciones e vistas por que las partes no paguen derechos de una cosa dos veces..." (pet. 103). Vid. Cortes de Madrid de 1.528, pet. 103 y 145, C.L.C., T. 4, pp. 497 y 515 respectivamente.

(310) Recopilación 4, 18, 2 y Novísima 11, 20, 3.

(311) Vid. Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 27, C.L.C., T. 2, pp. 376-377.

(312) Cortes de Segovia de 1.532, pet. 91, C.L.C. T. 4, p. 568.

(313) Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 134, C.L.C. T. 4, p. 684; Cortes de - Madrid de 1.551, pet. 159, C.L.C. T. 5, p. 570. En unas Cortes de Madrid= de 1.586 (pet. 37, recogida en la Recopilación 4, 18, 17 y Novísima 11, - 20, 9) se ordenaría a los escrivanos que entregasen los procesos dentro - de un plazo determinado, bajo la pena de diez ducados.

(314) Recopilación 4, 18, 10, que recoge precisamente una de las peticiones - (pet. 44) de las Cortes de Valladolid de 1.537 antes citadas.

- (315) Vid. Hevia Bolaños, "Curia Filípica", P. 5, Parr. 2 y n. 2, p. 186; Azevedo, "Comentarii Juris Civilis..." a Recopilación 4, 18, 10, p. 473; Gutiérrez, "Practicarum..." com. a Recopilación 4, 18, 2, Lib. 1, Q. 104, pp. 109-110; Cañada, (en "Instituciones..." T. 1, P. 2, cap. 3, números 6-10, pp. 271-73), nota que las Leyes de Partidas exigen que la parte se presente ante el superior con todo el proceso "... y en ninguna se hace memoria de que pueda hacerlo con sólo el de la sentencia, su apelación y admisión que es el testimonio que se usa ahora...". Considera asimismo que la referencia al testimonio hecha por la Recopilación 4, 18, 10, no consiste en una innovación legislativa, sino que "... esta práctica de presentarse ante el superior con los testimonios sucintos de la apelación debió su origen al uso y estilo de los tribunales y después se autorizó por la ley".
- (316) "Práctica ordinaria est in omnibus tribunalibus tam inferioribus, quam supremae hujus regni, ut appellans in praedictis terminis dictae legis Regiae (R. 4, 18, 2) se presentent coram iudicis superioribus appellationis cum literis testimonialibus, sua appellatio, solum absque processu, ipsiusque iudices superiores statim decernunt suas literas citatorias contra alteram partem, et compulsorias contra notario vel tabellionem, ut totum processum causae signatum appellanti tradit intra certum, brevem terminum ab eis assignatum, ut coram se postea productatur, et ob id quod non praesentetur totus processus in terminis dictae legis Regiae nunquam causatur nec pronuntiatur desertio quinimo praedicta praxis approbata est hodie..." Gutiérrez "Practicarum..." com. a Recopilación 4, 18, 2, p. 109-110.
- (317) Cañada, "Instituciones..." T. 1, P. 2. Cap. 3, números 2 y 3, p. 271.
- (318) Cañada, "Instituciones..." T. 1, P. 2, Cap. 3, números 12-17, p. 273-275. Para este autor la entrega de autos originales tiene las ventajas de que evita gastos de compulsión y confiere brevedad y expedición al trámite.
- (319) Vid. Cañada "Instituciones..." T. 1, P. 2. C. 3. n.º 30, p. 280.
- (320) Parece que en las causas criminales desde mucho antes se remitían los autos originales y el preso al juez superior. Ya Bonifacio decía: "Iudex in causa criminali et capitali debet transmittere reum ad iudicem appellationis cum actis causae sub sua custodia..." glosas a Peregrina fo. 48r. Unas Cortes de Valladolid de 1.548, se quejarán de esta práctica y pedirán que se derogue, pet. 198, C.L.C. T. 5, p. 462.
- (321) "Desde que nuestra Chancillería se trasladó a Granada de Ciudad Real en el año 1.502, hasta el siglo pasado, son raros los casos que hemos visto de haber venido los autos originales por recurso alguno. A mediados de aquel siglo principiaron a venir algunos autos originales y en el presente se resuelve así con más frecuencia...", Elizondo, "Práctica...", T. 4, p. 250.

- (322) Elizondo, autor menos sistemático que Cañada, no distingue entre apelaciones admitidas en ambos o un solo efecto, sino que tiende a ejemplificar - sus afirmaciones con una casuística desordenada: "... se mandan venir - los autos originales en muchos casos de que hay práctica uniforme... sobre competencias de justicias ordinarias... denunciaciones de pastos... autos en que hay documentos originales como de imposiciones de censo, fundaciones de mayorazgo, o títulos de posesiones... pleitos por casos de corte... pleitos de corta consideración, o donde litigue pobre que no pueda sufragar las expensas de compulsa... El estilo de nuestro Tribunal es, mandar venir en compulsa regularmente... los demás asuntos de inventarios cuentas, particiones... concurso de acreedores, juicios de espera, etc." "Práctica" T. 4, p. 252-53.
- (323) Según Gómez de la Serna, fue la comisión codificadora la que "propuso que los autos directamente se remitieran por los juzgados a los tribunales - que debieran conocer el alzada..." "Exposición de Motivos..." p. 36. Otro autor como Vicente y Caravantes también considera que fue un triunfo de la Ley de Enjuiciamiento de 1.855, "Tratado..." T. 3, p. 31. A pesar de tan fidedignos testimonios parece ya encontrarse en el ánimo de la legislación anterior, donde se habla siempre de "se remitirán a la Audiencia los autos..." vid. art. 21, cap. 2 del Decreto de Cortes de 9 de octubre de 1.812 aprobando el Reglamento de Audiencias y Juzgados; art. 50 del Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1.835; art. 14 del Decreto de 10 de enero de 1.838 para la sustanciación de los pleitos de menor cuantía, etc.
- 324) Arts. 21 y 22, cap. 2 del Decreto de 9 de octubre de 1.812. Le seguiría - el art. 50 del Reglamento provisional de 1.835.
- 325) Art. 49 del Reglamento Provisional.
- 326) Según Vicente y Caravantes este principio se hallaba consignado en el - art. 335 de la L.E.C. de 1.855, "que aunque versa sobre las apelaciones - en el juicio ordinario, debe considerársele como general para todos los juicios en que no se contiene disposición particular..." "Tratado..." - p. 29.
- 327) Art. 71 de la L.E.C. de 1.855.
- 328) Vid. Caravantes, "Tratado..." T. 3, p. 30 y Gómez de la Serna "Exposición de Motivos..." p. 35. Según este último autor: "esta reforma lleva además consigo la gran ventaja de que sean los autos originales los que se tengan a la vista en los tribunales superiores..."
- 329) Art. 71 de la L.E.C. de 1.855. Gómez de la Serna escribía que la razón de entregársele el testimonio al apelante se apoyaba en que no había peligro de pérdida o adulteración "porque siempre queda en los autos la matriz de - que se saca..." "Exposición..." p. 36.
- 330) Vid. arts. 387 y 391 de la L.E.C. de 1.881.

- (331) Así interpretaría un autor como Díaz de Montalvo la "ratio" de fijar el plazo de comparecencia al arbitrio del a quo: "Et hoc faciat secundum locorum distantiam; et personarum et negotii qualitatem; quod relinquitur iudicis arbitrio...", Glosas al Fuero Real 2, 15, 2.
- (332) Así justifica Gómez de la Serna la reforma en este sentido de la Ley de Enjuiciamiento de 1.855. Vid. "Exposición de Motivos..." p. 36.
- (333) La glosa del aparato acursiano, gl. praescriptum est, ad. C.7, 62, 5 de appell., l. praeses, establecía que el juez a quo debía "statuere suo arbitrio". Esta glosa la recoge Padoa Schioppa (en su "Richerche..." T. 2, p. 164, nota 155) entre otras opiniones diversas de la glosa sobre los plazos de personación ante el ad quem, indicando que los glosadores nunca se pusieron de acuerdo entre ellos al respecto. Sin embargo, la idea de la intervención del juez en la imposición del plazo está también presente en el derecho canónico, como se desprende por ejemplo de Decretales 2, 28, 5: "Appellans ad prosequendum habet annum, et ex causa bienum nisi iudex moderetur", también de Decretales 2, 28, 50 y 57. Fuentes Castellanas como la Margarita de los Pleitos (Margarita 20, 3) y el mismo Espéculo (5, 14, 21) reflejaban estas normas del "fuero canónico", por lo cual la influencia podía también haber venido por esa vía.
- (334) Palabras de Partidas 3, 23, 26; prácticamente todas las fuentes de la época disponen lo mismo: Espéculo 5, 14, 2; Doctrinal 1, 6, 24; Leyes del Estilo 22; Fuero Real 2, 15, 2.
- (335) Partidas 3, 23, 23; como anota Ureña en su edición del Doctrinal (p. 352-353) este plazo de Partidas coincide con una constitución de Constantino recogida en el Codex 7, 63, 1 y con la Novela 83 de Justiniano.
- (336) Doctrinal 6, 1, 21; el plazo de un año denota probablemente influencia canónica.
- (337) Fuero Real 2, 15, 2; El texto del Espéculo 5, 14, 22 recogía este plazo: "Devela seguir en los quarenta días según el fuero de las leyes...", también en otro texto: Espéculo 5, 14, 21.
- (338) Espéculo 5, 14, 17: "E si por aventura el judgador non le posiere plazo, mandamos que sea tenuto el que se alzó de seguir el alzada, que es fecha para el rey, fasta treynta días, seyendo el rey alende los puertos, e si fuere aquende los puertos, fasta quinze días. E si fuere en la Villa do fue fecha el alzada, a tercer día. E si fuere de los alcalles del rey que dan las alzadas, a tercer día. E si fuere de los alcalles de la villa para otro judgador mayor que sea, que aya poder de oyr sus alzadas, a tercer día. E si fuere el alzada del termino para los judgadores de la villa, a nueve días del día quel dieren el alzada. E estos mismos días aya para querellarse del judgador si no le quisiese dar el alzada. E si en este tiempo non la seguiere, finque el juyzio de que se agravio por firme".

- (339) Ordenamiento de Alcalá de 1.348, 13, 4.
- (340) Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 16, 2; Recopilación 4, 18, 2; Novísima 11, 20, 3.
- (341) El Ordenamiento de Alcalá 13, 14, recogía literalmente al Espéculo 5, 14 17, solo que ampliaba el plazo de 30 días a cuarenta para las alzadas ante el rey allende los puertos.
- (342) El Espéculo 5, 14, 17 había también consignado el plazo de tres días para las apelaciones al rey si este "fuere en la villa do fue fecha el alzada". El Ordenamiento de Alcalá no recogía este punto, pero si las leyes de las Ordenanzas Reales, Recopilación y Novísima que recogían su normativa.
- (343) La doctrina posterior interpretaría este criterio de cómputo como desde el día en que fue interpuesta la apelación: "termine illi computantur a die interpositae appellationis, non a die latae sententiae..." Montalvo, glosas a Fuero Real 2, 15, 2. Y Villadiego, "y estos términos de la presentación corren desde el día que fue otorgada la apelación según esto... aunque lo seguro es que el apelante se presente dentro del término contado desde el día de la notificación de la sentencia que es más conforme a derecho...", "Instrucción..." C. 4, n. 3, p. 99.
- (344) Este plazo de "nueve días et el tercero de pregon" -doce en total- debía ser, a juzgar por el testimonio de las Leyes del Estilo (Leyes 22, 138)= el tradicional de emplazamiento en la Corte del Rey, pero no sabemos por qué fue añadido a estos plazos de personación en las apelaciones por la Ley de Alcalá. Las mismas Leyes del Estilo, establecían que en el caso específico del plazo de comparecencia ante el superior no debía atenderse el término tradicional de la Corte: "et si se alzare alguno del juicio del alcalde que judga en casa del rey, debe parescer ante el rey, o ante su oydor de las alzadas al plazo cierto que es puesto que parezca ante él, y non deben ser atendidos los nueve días, nin el tercero del pregon..." Leyes del Estilo 22.
- (345) Los Reyes Católicos, en la "Pragmatica de Ordenanzas para abreviar los pleitos, que revoca las hechas también en Madrid, el 21 de mayo de 1.499", dada en Madrid, a 4 de diciembre de 1.502 cap. 34, recogida en el "Libro de Bulas y Pragmáticas", fo. 73-73v. Esta norma pasó a la Recopilación 4, 18, 15 y a la Novísima 11, 20, 4.
- (346) Art. 30 de la Instrucción del Procedimiento Civil del Marqués de Gerona= de 30 de septiembre de 1.853, en "Colección de Decretos...", T. 60, p. 189.
- (347) Art. 397 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil.

- (348) En apelaciones a sentencia definitiva, el art. 336 otorgaba veinte días de plazo, que debía entenderse "de aplicación general para todos los juicios" según Vicente y Caravantes ("Tratado..." T. 3, p. 32). El art. 72 de la L.E.C. de 1.855, también establecía un plazo de veinte días para personarse con el testimonio de la apelación de interlocutoria admitida en un efecto ante el tribunal superior.
- (349) Vid. arts. 387 y 391 de la L.E.C. de 1.881.
- (350) Vid. arts. 393 y 841 de la L.E.C. de 1.881. Esta reducción se debía sin duda al hecho de que no tenían que remitirse los autos originales al tribunal ad quem por estar admitida la apelación en un solo efecto, y también por el deseo de reducir las dilaciones que en el proceso podían provocar apelaciones a autos o providencias interlocutorias.
- (351) Según dispone el Ordenamiento de Alcalá de 1.348, tit. 13, ley 3.
- (352) La legislación clásica nada había dispuesto sobre plazos en la fase ante el ad quem (vid. Orestano, "L'appello...", p. 418), Justiniano sin embargo estableció una duración máxima de un año prorrogable a dos en Codex 7, 63, 5, 4 y la Novela 49, 1 pr. Sobre ellos vid. Padoa Schioppa, "Ricerca..." T. 1, p. 97-98.
- (353) Los glosadores habían confundido los términos de comparecencia ante el juez ad quem y aquel dentro del cual debía decidirse la causa de apelación, (como ilustra minuciosamente Padoa Schioppa en su "Ricerca...")= T. 2, p. 163, nota 152), pero en general, repitieron el plazo de duración máxima de la causa de un año, como demuestra Padoa, loc. cit., p. 168, nota 167.
- (354) Lo que nota un autor como Gregorio López comentando Partidas 3, 23, 23 - "Hic nihil dicitur de aliis fatalibus, scilicet de termino anni, vel biennii... et admiror, quomodo hic loquatur tantum de termino ad prosecutionem, et non de termino ad finiendum, neque in aliis legibus hujus tituli de hoc fiat mentio...".
- (355) Ordenamiento de Alcalá de 1.348, 13, 3. No hablaba esta ley de la prórroga del plazo de un año a dos, en caso de "embargo de derecho", como hacía la legislación justiniana.
- (356) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 3; Recopilación 4, 18, 11 y Novísima 11, 20, 5.
- (357) Por ejemplo, un decreto de 12 de mayo de 1.743, ordenaba evacuar cualquier recurso interpuesto por razón de multa en el plazo de sesenta días (Libro de Autos Acordados, 8, 26, 2). Dou y Bassols menciona también una pragmática de 23 de marzo de 1.776, según la cual las apelaciones sobre "Racional disenso de matrimonio" debían finalizar en el término de treinta días. "Instituciones..." T. 6, n. 78, p. 358.

- (358) Cortes de Toledo de 1.480, ley 67, recogida en la Recopilación 4, 18, 7.
- (359) Era la interpretación que directamente se deducía de la Ley de Alcald - 13, 3, pero se mantiene hasta autores tardíos como Elizondo ("Práctica", T.1, p. 201) y Cañada, "Instituciones..." T.1, p. 2, C.3, n. 90, p. 300.
- (360) Vid. Gutiérrez, en "Practicarum Quaestiones..." Lib. 1, Q. 109, p. 115, - comentando la Recopilación 4, 18, 7.
- (361) El cómputo del plazo de un año se había entendido "a die interpositae - appellationis, non a die latae sententiae..." como escribía Montalvo en - glosas al Fuero Real 2, 15, 2. Dentro del año debía computarse el plazo= otorgado para comparecer ante el ad quem: "Et an tempus a iudice assigna - tum computet in anno legali ad prosequendum et finiendum", Bonifacio, - glosas a Peregrina fo. 501. Y Azevedo: "... in annoque loc fatali ex com - muni doctrina computantur tempus datum ad praesentandam appellationem, - quandoque a die interpositae appellationis curritur..." Comentarios a Re - copilación 4, 18, 11, en "Comentarii Juris Civilis..." T. 2, p. 474-475.
- (362) Castillo de Bovadilla asegura que "el común estilo, práctica y cuenta de estos días" es que "aunque apele, y se presente antes del quinto día, no es visto renunciar el término introducido en su favor... porque en caso= dudoso no se ha de excluir el remedio de la apelación ni inducirse deser - ción, por estrechar y resecaer el término..." "Política..." T. 2, lib. 3, cap. 8, n. 201, p. 201. Gutiérrez es de la misma opinión: "Ergo totus - tempus concessum ad appellandum censetur concessum in favorem appellan - tis qui fuit conderatus, sicque tempus appellationis prosequendae non cu - rrit sibi nisi post lapsum totius temporis dati ad appellandum et non - illico post appellationem... et eam semper tenui in praxi et videre tene - ri per magnos advocatos" Comentarios a Recopilación 4, 18, 7, "Practica - rum..." L. 1, Q. 108, p. 114. Azevedo, sin embargo se muestra partidario de la opinión contraria (mihi tamen semper placuit opinio secunda, scilicet quod indistincte currunt a triginta dies a die appellatione interpo - sita..." Comentarios a Recopilación 4, 18, 7 (Comentarii) T. 2, p. 463.
- (363) Para Scaccia, "fatalia dicuntur quasi mortalia; id est mortem inferentia dicuntur ergo fatalia qui appellationi mortem morte inferunt... fatalia= sunt illa tempora, intra quae debent inchoari et terminari causa appella - tionis, alias efficitur deserta..." "Tractatus..." Q. 15, art. 1 números 1 y 2, p. 206.
- (364) "... in causa appellationis prorrogatio jurisdictionis locum non habet"= Azevedo, en (Comentarii... T.2, a Recopilación 4, 18, 7, p. 461). Según= Villadiego, pasado el plazo "sin hacer diligencia, quede prescripto el - derecho de poder apelar...", "Instrucción..." C.4, n.3, p. 99. El mismo= sentido, Domínguez en "Ilustración a la Curia..." T.1, p.5, c.6, n.3, - p. 417; Elizondo, "Practica..." T.6, p. 131, etc.



- (365) "... appellatione deserta, reversa est ipso iure jurisdictio ad primum iudicem..." Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 2.
- (366) Según la expresión de Castillo de Bovadilla, en su "Política..." T.2, - lib.3, cap.8, n.198, p.200.
- (367) Ordenamiento de Alcalá, 13, 3. Este planteamiento estaba en la línea de lo establecido por los glosadores, para los cuales "si iuste causa etiam secundo anno fuerit impeditus" el apelante podía obtener una "restitutio ad appellandum" (gl. manet sententia, ad auth "si qui" = Nov. 49 pr., - l. post C.7, 63, 2 de tempor. et repar., I. tempora, citada por Padoa-Schioppa en "Recherche..." T.2, p. 168). También el derecho canónico había convenido en la suspensión del plazo por causa justa: vid. Decretales 2, 28, 8.
- (368) Clasificación que presenta Scaccia, en su "Tractatus..." q. 15, art. 9, = n. 181, p. 250.
- (369) Según opinión de Azevedo, "...non procedat quoties cunque testes examinandi in hac secunda instantia fiat absentes in partibus remotis, ita quod in termino... examinari non possint, tunc enim sunt assignandi termini competentes pro eorum examinatione... et inferim est in pendentibus terminus... et non currit..." "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 7, - p. 461. Castillo de Bovadilla, sin embargo mantiene que en las apelaciones a Regimientos el plazo de treinta días es improrrogable por "causa de estos los testigos leños... ni por otra causa alguna, no se puede prorrogar el término por ser los tales negocios de tan poca importancia..." "Política..." T. 2, lib. 3, C. 8, nº 256, p. 222.
- (370) Según Montalvo, "...est iustum impedimentum si appellans vel eius procurator in itinere capiatur... vel propter infirmitatem: vel tempestatem: - vel inopiam..." en su "Secunda Compilatio..." f. 8. Las palabras las toma del Espéculo, lib. 2, p. 3, 7. Nunc breviter, n. 2, p. 204. Azevedo, siguiendo a Baldo, dice que el impedimento puede deberse "cadere in invitum, ut febris subitanea..." "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 11, - n. 15, p. 475.
- (371) Como precisa Montalvo en sus glosas al Fuero Real 2, 15, 2. Sin embargo también el apelante podía utilizar el transcurso de los "termina fata lia" a su favor, según escribe Castillo de Bovadilla, quien plantea la duda de si deberá prorrogarse el plazo, en el caso de que el apelante hubiese presentado "el escrito de agravios en el último día de los treinta... para que la otra parte no pudiese satisfacer y probar la defensa" Concluye que el plazo no es prorrogable en este caso, y que la actividad del apelante es lícita "porque en los pleytos usase de ardides, como en la guerra y son permitidos en conciencia, y en justicia, y llámalos el Derecho buen dolo, y a los que velan, y no duermen, favorecen los Derechos...", "Política..." T. 2, lib. 3, cap. 8, n. 257, p. 223.

- (372) Bonifacio dice en sus glosas a la Peregrina, que la disposición de Alcalá 13, 3 sigue la opinión de Azzo en su *Summa Codicis* (fo. 50). Los glosadores según Padoa Schioppa, habían dispuesto que el retraso del examen de la causa si el juez ad quem era el emperador, no determinaba el vencimiento de los plazos (loc. cit. p. 192). Los comentaristas, especialmente Baldo, según citan los autores castellanos establecieron que en general las dilaciones en la causa debidas al ad quem, no podían perjudicar a la parte si esta protestaba: "Si partes... adeat iudicem et protestetur quod causam expediat; et si hoc non faciat currunt tempora: quod organa iudices sont ligata: nisi pars petat..." Bonifacio en glosas a la Peregrina, fo. 41; prácticamente con las mismas palabras Díaz de Montalvo, glosas al Fuero Real 2, 15, 2; Vid. también Scaccia, "Tractatus..." = q. 15, art. 9, n. 181, p. 250; Azevedo, "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 11, p. 475; Castillo de Bovadilla, en "Política..." T. 2, lib. 3, c. 3, n. 203, p. 202, etc.
- (373) Según Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 2 "licet impedimentum probetur per iuramentum..." Una ley del Estilo (151) que también hablaba de la "excusa" de la parte, decía que debía "provar et traer testimonio de como adolescio..."
- (374) "...iuramentum... non tamen hoc habet locum, si transacto anno ad prosequendam appellationem peto secundum fatale; quia tunc requiritur probatio impediti, ad minus per duos testes; et non defectur iuramentum in defectum probationis..." Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 2.
- (375) Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 135, Azevedo, por su parte, aseguraba que "...fatalium cursus publico favore introductus est..." "Comentarii" a Recopilación 4, 18, 11, pp. 474-475.
- (376) Domínguez asegura que así se practica en la Chancillería de Valladolid, "Ilustración..." T.1, p. 5, C.2, n. 1, p. 391; también Gutiérrez, "Practicarum..." lib. 1, q. 103-104, p. 110; Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 135 y el Diccionario Escriche, voz apelación.
- (377) Codex 7, 63, 5, 4.
- (378) Novela 49, 1.
- (379) Vid. Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, pp. 168-170.
- (380) Decretales 2, 28, 26 "appellans vero non prosequens appellationem suam, condemnatur in expensis... (et) iudex a quo reasumit iuris-dictione..."; Decretales 2, 28, 44 "...post terminum appellationi prosequendae praefixum rata manet sententia quae fuerat appellatione suspensa..."; también Decretales 2, 28, 45 y Sexto de Decretales 2, 15, 6.
- (381) Fuero Real 2, 15, 3.

- (382) Partidas 3, 23, 23; Espéculo 5, 14, 17; Doctrinal 6, 1, 21; Margarita de los Pleitos 20, 3.
- (383) Leyes del Estilo 151, también la 159. Esta última precisión, hace pensar que quizás penetró en Castilla una corriente favorable a la aplicación - del principio de la Novela Justiniana 49,1 que admitía que el juez librese la apelación aún en ausencia de cualquiera de las partes. Según Padoa Schippa, uno de los glosadores que más se dedicaron a exponer la Nov. 49,1 fue Bulgaro en su "De iudiciis" (vid. "Richerche...") T.2, p. 178, nota 170).
- (384) Fuero Real 2, 15, 3.
- (385) Partidas 3, 23, 23; Espéculo 5, 14, 17; Doctrinal 1, 6, 21.
- (386) Extraña e inexplicablemente, puesto que la ley estaba recogida en las - Partidas fuente legal subsidiaria reconocida oficialmente desde 1.348, - la ley del Fuero Real se repite en las tres recopilaciones: Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 8; Recopilación 4, 18, 5 y Novísima 11, 20, 6.
- (387) Leyes del Estilo, 160.
- (388) Idea que retiera Montalvo en sus glosas a Fuero Real 2, 15, 3: "In causa appellationis interpositae, sive a diffinitiva, sive ab interlocutoria - in caso permisso, potest procedi lite non contestata ad sententiam contra contumacem...", particularmente en el caso de que el contumaz fuese el apelado ya que éste "non imponitur prosequendi necessitas, nisi velit venire vel solus, vel cum adversario... et potest negligere causam si - vult, cum sine ipso possit causa appellationis tractari etiam si contumax fuerit". La misma idea expresará un autor tardío como Elizondo, en su "Practica..." T.6, p. 134-135.
- (389) Una glosa inédita de Pillio, gl. a C.7, 62, 39 pr., de appell., I. Ampliorem (citada por Padoa en "Richerche..." T. 2, p. 170, nota 178), ya - apuntaba la posibilidad de que el apelado pudiese beneficiarse de la causa de apelación, en ausencia del apelante, obteniendo una reforma de la sentencia aún más a su favor, aunque solamente en los puntos que abarcasen la apelación interpuesta por su contrario. En nuestras fuentes no encontramos rastro de esta idea, aunque volveremos de nuevo sobre el tema al hablar de la adhesión.
- (390) Partidas 3, 23, 23; Fuero Real 2, 15, 3; Espéculo 5, 14, 17; Doctrinal 6, 1, 21.
- (391) Glosas a Fuero Real 2, 15, 3; Según este autor "in casu isto cum neuter - prosequitur, potest iudex libere primus sua iurisdictione uti...", pues como explicaría Bonifacio, en este caso como en los demás en los que la sentencia devenía firme "...an prior iudex reassumit iurisdictionem -

tunc..." pero "an est necessaria iudicis remissio ut prior iudex possit=procedere...", glosas a Peregrina, fo. 50r.

(391 bis) "... Paria enim sunt non appellare, vel apellationem non prosequi.." según Maldonado, en "Tractatus..." T.5., Q. 10, n. 5, p. 271; en el mismo sentido Azevedo: "appellatione deserta sit executio ac si nunquam= fuisset appellatum..." en "Comentarii..." a Recopilacion 4, 18, 2, n. 35 p. 440.

(392) "Si tempora appellationis sunt decursa: nunquid iudex appellationis potest iudicare bene vel male iudicatum vel appellatum... quia ipso iure devolvit iurisdictio ad iudicem primum". Bonifacio, fo. 40 r. y Montalvo "non solum firma manet sententia, sed neque etiam amplis super eodem negotio audietur appellans... et remanet firma sententia ac si non esset appellatum et statim potest exequi illam iude a quo..." (Glosas a Fuero Real 2, 15, 3.

(393) "... Quia appellatus vincit tacite coram iudice ad quem: cum ipso facto= lapso tempore ipsius appellationis prosequendi sit coram eo deserta appellatione". Glosas a Peregrina, fo. 50.r.

(394) "Sed intelige quando existenter et non apparenter est deserta: sed si constat ex actis quod est deserta... Scias tamen quod hoc non constat ex solo cursu temporis: nisi sit lapsum bienium..." Bonifacio, glosas a Peregrina, fo. 50 r. Según Montalvo, "non potest iudex sententiam exequi, nisi sibi constet de desertione, appellationis secundum doctrinam Bartolo...", glosas al Fuero Real 2, 15, 3.

(395) "Si dubium est: an appellatio sit deserta: tunc non redit iurisdictio ad primum iudicem et ideo, nisi pronunciet eam desertam..." Bonifacio, glosas a Peregrina, fo. 50 r. En el mismo sentido, escribía, Azevedo, en "Comentarii..." a Recopilacion 4, 18, 7, n. 100, p. 465.

(396) "... Quando res iudicata procedit a desertione causae, et in isto concludo similitudinem, non esse necessarium, quod pronuntietur appellationem esse desertam", Scaccia, "Tractatus..." Q. 2, art. 5, n. 149, p. 141.

(397) "Appellatione deserta potest fieri executio sententiae, etiam si super desertione pronuntietur...", Lancelotte, "Tractatus...", p. 2, Ampl. 1, n. 40, p. 203.

398) Vid. Gutiérrez en "Practicarum..." lib. 1, Q. 103, comentando la Recopilacion 4, 18, 2, p. 108-109; también Cañada, en "Instituciones...", T. 1 p. 2, C. 3, números 57-59, p. 288-289.

399) Vid. Scaccia, "Tractatus..." Q. 2, art. 5, números 150 y sig. p. 142; - Azevedo, "Comentarii..." a Recopilacion 4, 18, 2, n. 40, p. 141; Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, C. 3, números 70 y sig.; p. 293 y sig.; -

Elizondo, "Practica..." T. 1, p. 149; Diccionario Escriche, voz apelación, etc.

- (400) En el caso de que el apelante no hubiese apelado en el plazo de cinco días, estaba claro que la jurisdicción sobre la causa la tenía todavía el juez a quo. Pero en el caso de haber apelado y no haberse personado ante el superior, aunque en principio ya ha empezado a funcionar el efecto devolutivo por la interposición del recurso, su eficacia no se ha consumado todavía por cuanto que el inferior no ha sido inhibido por el superior, lo cual solo puede ocurrir una vez que el apelante comparece en la instancia superior con los autos del proceso. Por tanto es todavía el a quo el que tiene jurisdicción en la causa. En el tercer caso, el a quo ya está inhibido totalmente y la jurisdicción ha pasado al ad quem, el único que podrá declarar desierta la apelación.
- (401) Felipe II en una resolución a consulta de 12 de febrero de 1.564 (recogida en Recopilación 2, 4, 51 y Novísima 11, 15, 2) dispuso que los pleitos en primera o segunda instancia debían concluirse con la primera declaración de rebeldía de una parte.
- (402) Este procedimiento lo describe Villadiego en "Instrucción..." C. 4, n. 4 p. 99, en su edición de 1.720, lo que hace pensar que no había sido debidamente corregida.
- (403) Vid. Hevia Bolaños, "Curia Filipica..." p. 5, par. 3, n. 9, p. 184.
- (404) Azevedo en "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 2 p. 440; Cañada en "Instituciones...", T. 1, p. 2, C. 3, números 66-8, p. 292-297; Elizondo, en "Practica..." T. 1, p. 151, etc.
- (405) Cañada, loc. cit., n. 66, p. 292.
- (406) Un autor tan temprano como Bonifacio ya afirmaba que "a sententia lata super desertione appellationis potest appellari: ista est interlocutoria - habens vim diffinitive...", glosas a la Peregrina fo. 42 r. y Azevedo: "et an sententia desertionis possit appellari...", "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 2, p. 441. También admitía suplicación, según Maldonado, en su "Tractatus..." Tit. 5, Q. 7, n. 22, p. 343.
- (407) "Practica..." T. 1, p. 151. Este método era perfectamente legítimo desde el punto de vista doctrinal: ya Salgado de Somoza había expresado que el procedimiento para declarar la deserción debía terminar con un mandamiento de ejecución, y no con una declaración de cosa juzgada. Vid. "Tractatus..." p. 3, cap. 18, n. 73, p. 491.
- (408) Vid. Salgado "Tractatus..." p. 3, cap. 18, n. 86, p. 491, también Cañada, "Instituciones...", T. 1, p. 2, C. 3, n. 69, p. 293.

- (409) Como expresamente diría Villadiego en su "Instrucción..." C. 4, n. 37, - p. 102. También Gregorio López en sus glosas a Partidas 3, 23, 23, ratifica que "in practica tamen non vidi in criminalibus pronuntiari appellationem esse desertam ex non prosecutionem"; y Azevedo: "Supremi tamen iudices no obstante desertione in causa criminali, cognoscunt de iustitia=ejus... quod in practica non datur in criminalibus appellatio pro desertata propter non praesentatum in tempore processum, neque causa finitam, - sed pronuntiatur super principalis causae iustitia". "Comentarii..." a - Recopilacion 4, 18, 2, n. 20, p. 439.
- (410) "Exposición de Motivos..." p. 34; la misma calificación se repite por Vicente y Caravantes en su "Tratado..." T. 3, p. 37; y Vicente Hernández - de la Rúa en "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid - 1.856, T. 3, p. 67.
- (411) Art. 68 de la L.E.C. de 1.855.
- (412) Art. 838 de la L.E.C. de 1.855.
- (413) "Costumbre fundada en causas insuficientes", como diría Hernández de la Rúa, en sus "Comentarios..." T. 3, p. 67.
- (414) Según una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1.860 que - cita Ortiz de Zúñiga en su "Practica..." T. 2, p. 196.
- (415) Gómez de la Serna, "Exposición...", p. 161.
- (416) Art. 838 de la L.E.C. de 1.855. Según Gómez de la Serna, esta continua - ción con el derecho anterior la aconsejaban "la practica y el buen senti - do..." "Exposicion..." p. 162. Caravantes explica que en este caso no - procede declarar la deserción del recurso porque "no hay motivo para pre - sumir que renuncia a su derecho a defenderse, pues su morosidad puede - consistir en la confianza que tenga en su derecho...", "Tratado...", T.3 p. 37.
- (417) Art. 839 de la L.E.C. de 1.855.
- (418) Gómez de la Serna en "Exposicion..." p. 162 y en su "Tratado..." T. 2, - p. 343; También Vicente y Caravantes, "Tratado...", T. 3, p. 57 y Hernán - dez de la Rúa, "Comentarios..." T. 2, p. 68.
- 419) Arts. 840, 841 de la L.E.C. de 1.881.
- 420) Art. 842 de la L.E.C. de 1.881.
- 421) Art. 843 de la L.E.C. de 1.881.

- (422) Fuero Real 2, 15, 6; ley que fue recogida en la Recopilacion 4, 17, 7 y en la Novisima 11, 18, 2.
- (423) Partidas 3, 23, 27; también el Doctrinal 5, 1, 25.
- (424) Decretales 2, 28, 38 "... si quando contigerint, aliquem.. ad tuam audientiam appellare non ante audientiam sibi praebas, nec eius appellationem admittas quam tibi constiterit eam vel a gravamine vel iniusta condemnatione prorrectam, alioquin, ipsum ad proaediti episcopi audientiam remittas". Y en el Libro Sexto de Decretales 2, 15, 3, " 3. si negetur per appellationem negotium devolutum, non inhibebit... iudicem principalis causae procedere, nisi prius de devolutione constitierit... 4. Si dicitur ex iniusta causa appellatum, (iudex a quo) inhibere non potest nisi prius, recepta appellatione ut probabili, incipiat cognoscere de causae veritate...".
- (425) "Speculum Iuris", lib. 2, p. 3, 10. De officium eius ad quem appellatur quod sit, proemio. fo. 206 r.
- (426) El cap. 7 de las Cortes de Toledo de 1.534, otorgado por el emperador Carlos I y doña Juana, recogido en la Recopilacion 2, 5, 55.
- (427) Pragmática dada por los Reyes Católicos en Toledo a 26 de julio de 1.502 recogida en la Recopilacion 2, 5, 54.
- (428) Vid. Hevia Bolaños "Cura Filípica", p. 5, Parr. 2, n. 4, p. 187; Domínguez, "Ilustracion..." T. 1, p. 5, C. 2, n. 2, p. 391; Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 134; Dou y Bassols, "Instituciones..." T. 6, n. 69, p. 355, etc.
- (429) Sobre esta "provision de emplazamiento" vid. Elizondo, "Practica..." T. 6 p. 131. El emplazamiento de la otra parte para el proceso en segunda instancia era necesario, según notaba ya un autor tan temprano como Bonifacio en sus glosas a la Peregrina, fo. 50 r.
- (430) Hevia Bolaños, "Curia..." p. 5, Parr. 2, n. 8, p. 187; Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 134.
- (431) "Et certe adeius (iudices appellationem) officium spectat appellationem sibi oblatam recipere, et diligenter eius formam inspicere, et videre, an fuerit infra decem dies appellatum, vel fuerit appellationi renunciatum tacite vel expresse... postea debet videre, ubi ante sententiam appellatum est: ex qua causa fuerit appellatum, an videlicet fuerit, talis quae probata fuerit legitima...", "Speculum..." Lib. 2, p. 3, 10. De officio, fo. 206 r.
- (432) Vid. Elizondo, "Practica...", T. 6, p. 131.

- (433) Dou y Bassols, "Instituciones...", T. 6, n. 69, p. 355.
- (434) Vid. a Padoa Schioppa, "Recherche..." T. 2, p. 165, notas 160 y 161. En Derecho Canónico también pasaba lo mismo: Decretales 2, 28, 70 3.
- (435) Sobre la "litis contestatio" dirá Azevedo: "Habes tamen notare quod ex his verbis dum ad appellantem tantum diriguntur, probatur in causa hac - appellationis non requiri litis contestationem quantumvis ambae partes - sint praesentes, sed sufficere libellum gravaminum parti appellatae notificare...", "Comentarii..." a Recopilacion 4, 18, 7, n. 72, p. 460.
- (436) Bolaños, "Curia Filípica", p. 5, Parr. 2, n. 1, p. 186; Elizondo, "Practica..." T. 1, p. 200.
- (437) Como lo denomina Azevedo, loc. cit. en nota 425 y n. 85, p. 462.
- (437 bis) Elizondo, "Practica..." T. 6, p. 144-145.
- (438) Recuérdese lo dispuesto por Fuero Real 2, 15, 4 y Partidas 3, 23, 27: el juez ad quem debía "tornar el pleito al estado en que era en el tiempo - del alzada, ante que el alzada judgue..."; este punto estaba ratificado por Lancelote: "... cognitio attentatorum omnino pendet a cognitione causa principalis..." "Tractatus..." p. 3, cap. 24, Q. 19, p. 45. Según Salgado de Somoza, en todo momento puede el juez a quo revocar el atentado, aunque la jurisdicción sobre la causa esté en manos del ad quem: "... si ipse iudex a quo aliquid attentat (non obstante quod per appellationem - ejus sit suspensa iurisdictio) potest nihil-hominus actuam a se attentatum reponere et revocare... quia ad revocandum attentata post appellationem libera facultas conceditur a jure judici a quo, quia tendit in faciliorem causa expeditionem...", "Tractatus..." p. 1, cap. 3, n. 18 y 19, p. 94.
- Según Villadiego en el procedimiento de revocación de atentado por el superior "no se guarda orden judicial, más el conocimiento de la causa principal, y de como se ha innovado sin embargo de apelación, de todo ha de constar sumariamente por los mismos Autos del proceso...", "Instrucción..." C. 4, n. 43, p. 103.
- (439) "Ilustracion a la Curia..." T. 1, p. 5, C. 2, n. 8, p. 394.
- (440) "... Appellans tenetur libellum gravaminum praesentari... et pars appellata possit respondere et alegare et probare intentionem suam, si necessaria fuit probatio...", Azevedo, en "Comentarii...", n. 85, p. 462.
- (441) "Practica..." T. 1, p. 165-166.
- (442) Vid. Gómez de la Serna en "Exposicion de Motivos...", p. 162.



- (443) Codex, 7, 62, 39, pr. 1.
- (444) La glosa a C. 7, 62, 39, pr., de appell., I. ampliorem, recogida por Padua Schioppa (en "Richerche..." T. 2, p. 170, nota 178).
- (445) Digesto 37, 4, 10, 6.
- (446) "Speculum..." lib. 2, p. 3 § In quibus números 24 y 25, fo. 198 r: "Quid si victus appellans renunciavit appellationi factae: quod potest... nunquid victor poterit agere ad sumptus?. Videtur quod non... Sed dic contra ham ex quo ex persona eius hoc eius consecutus est, etiam eo inuito illo uti potest...".
- (447) Así, Bonifacio, citando a Baldo dirá "... si reus appellat et antequam prosecutur vult renunciare appellatione in preiudicium actoris certe non potest...", glosas a la Peregrina fo. 40. También Montalvo dirá lo mismo: "Et nota, quod ubicumque prodest appellatio unius alteri, non potest appellans suae appellationi renunciare in praeiudicium appellati, cui ex facto adversariis jus est quaesitum", en glosas al Fuero Real 2, 15, 3.
- (448) El efecto extensivo de la apelación juega cuando uno de los litisconsortes apeló, siempre que todos ellos aleguen un derecho común, que se trate de una misma causa que presenten los mismos medios de defensa y que todos hubiesen sido condenados por una misma sentencia. Vid. Decretales, 2, 28, 55 y 72; Partidas 3, 23, 5 y las glosas de Gregorio López a esta Ley; Peregrina fo. 40; Domínguez, "Ilustracion..." T. 1, p. 5, cap. 1, n. 21, p. 385; Lancelote, "Tractatus..." p. 2, Ampl. 2, n. 1, p. 212; Maldonado, "Tractatus..." Tit. 5, Q. 8, n. 1, p. 253; Villadiego, "Instruccion..." C.4, n. 34, p. 102, etc.
- (449) Citando a Bartolo y Baldo, la literatura castellana recogía esta opinión: "utrum appellans possit renunciare appellationi in praeiudicium eorum qui possunt adhaerere... sed in praeiudicium renunciantis sic tenet renunciatio ut ei non patrocinetur si adherens vincat...", según Bonifacio en glosas a Peregrina, fo. 41; también Gregorio López, glosando las Partidas 3, 23, 5: "Et quid si ille quod appellavit, composuit cum adversario, an alter qui non appellavit possit appellare prosequi? ... pos sit..."; Maldonado afirmará que, en la suplicación al igual que en la apelación "generaliter enim consortes qui non appellaverunt appellatorem prosequi valent, non obstante transactione, aut desidentia ejus qui appellavit... (pues) qui adhaeseionis beneficio fungi desiderant causam prosequi possunt...", "Tractatus..." Tit. 5, Q. 8, n. 32 y 34, p. 259 - 260.
- (449 bis) Vid. a Domínguez en "Ilustracion a la Curia...", p. 5, cap. 1, n. 21 p. 385.

- (450) "Adhaesio est subsidiarium remedium ratione appellationis omissae, quo - idem, ac per appellationem et adhaerens consequitur", Josepho Suarez de Figuerola, "Tractatus de Jure Adhaerendi alterius appellatione et de omni adhaesioni materia", Madrid, 1.666, cap. 3, n. 7, p. 4.
- (451) "... enin adhaerendi ius neutiquam exerci potest absque appellationis - suppositione, nam cum ei adhaesi fiat de eius fundamento et existentia - antea constare debet... quod adhaeret praesupponit ex actus natura praecedere debet...", "Tractatus..." cap. 1, n. 6, fo. 1; "...ius adhaerendi neutiquam locum potest habere sine appellationis existentia cuius est - fundamentum...", cap. 3, n. 3, p. 4.
- (452) "Quare adhaerere appellationi proprie dicitur qui ipsius virtute conse - quitur suae intentionis effectum... quia cum ipso appellante sit unius - spiritus...", "Tractatus...", cap. 3, números 11-12, p. 4.
- (453) "... sicut appellans sententia revocationem desiderat, quo ad ipsius gra - vamen, et ab eo relevari sic adhaereus circa passim ab eo in quo laesus = est unde utrisque finis et intentio ab idem ordinatur et dirigitur pro - prii iuris respectu et non alterius ratione...", "Tractatus..." de Figue - roa, cap. 3, n. 10, p. 4. En el mismo sentido Maldonado, quien asegura - que la adhesión también es utilizable en la suplicación, escribe "...ad - haesioneis beneficium adversario competere ex supra traditis constat, cu - jus rationis fundamenta ea sunt, quod ad eundem finem introducta... hoc = est ad gravaminis sententiae reformationem et ad jus rectumque reductionem..." "Tractatus..." tit. 5, Q. 9, n. 6, p. 265.
- (454) "Quia quaelibet appellatio est communis utrique parti...", como dirá Sal - gado de Somoza, en su "Tractatus de Regia Protectione...", p. 3, cap. - 16, n. 65, p. 478.
- (455) Baldo a C. 7, 62, 39 de appell., I. ampliorem: "... sed quid si diversa = sunt capitula numquid habet locum haec lex, Respondeo non: quia separato rum nulla est conjunctio..." (citado por Cañada en "Instituciones..." p. 2, cap. 6, n. 29, p. 349).
- (456) Suárez de Figuerola: "An si sententia plura capitula contineat ad quorum = uno, vel aliquibus ex eis appellatio interposita sit, et ei adversarius = adhaerat indistincte talis adhaesio ei quod ad omnia proficiat ita ut in eius favorem sententia absolute in totum revocari valeat...", "Tracta - tus...", cap. 49, n. 1, p. 185. Y Scaccia: "... si una pars appellat sim - pliciter a sententia: quia tunc, quamvis sententia contineat plura capi - tula separata, tamen appellatio simpliciter interposita devolvit omni - bus; et ideo pars non potest appellare: quia superflue appellaret...", - "Tractatus...", Q. 10, art. 2, n. 8, p. 112.
- (457) Los autores aconsejan esta última forma de apelación restrictiva para - evitar que el apelado pueda adherirse. Por otra parte, aunque el apelado

podía interponer apelación por sí mismo, debía hacerlo en los plazos establecidos para ello, no después. Vid. Scaccia, "Tractatus..." Q. 10, art. 2, n. 7 y 8, p. 112 y Q. 17, Cimit. 2, n. 100; también Salgado de So moza, "Tractatus...", p. 3, cap. 5, n. 1 y sig., p. 366.

- (458) Según Suárez de Figueroa: "... intraquinque dies iure civili et infra de cem canonico debet appellatio interponi: ita eodem modo infra eodem adhaesio ei fieri debeat quod ex sequentibus comprobatur... (quia) appellationis et adhaerentis eadem est ratio... et eadem debet esse iuris dispositio... et aequalis effectus causam aequalem debet demonstrare...", "Tractatus...", cap. 7, n. 1-11, p. 9-10. En los mismos términos escribe Azevedo, en "Comentarii..." a Recopilacion 4, 18, l n. 62, p. 43.
- (459) "Adhaesio in scriptis debet fieri..." Figueroa, loc. cit. cap. 7, n. 34, p. 12.
- (460) Problema al que Suárez de Figueroa dedica la totalidad del capítulo último de su obra "Tractatus...", cap. 51, p. 201 y sig.
- (461) Elizondo, por ejemplo, reproduce continuamente a Suárez de Figueroa, al tratar el tema de la apelación adhesiva, vid. su "Practica..." T. 3, p. 48 y sig.
- (462) Per totum vid. "Institutiones...", p. 2, cap. 6, p. 340-360.
- (463) "Institutiones...", p. 2, cap. 6, n. 30, p. 350-51.
- (464) "Institutiones...", p. 2, cap. 6, n. 16, p. 344.
- (465) "Institutiones...", p. 2, cap. 6, n. 17, p. 345.
- (466) Vicente y Caravantes, por ejemplo, repite, en párrafos, literalmente, todas las ideas de Cañada, "Tratado..." T. 3, p. 38-41; también Hernández de la Rúa en "Comentarios..." T. 3, p. 72 y sig.; Ortiz de Zúñiga, en su "Práctica..." p. 198-9, etc.
- (467) "Exposición de Motivos...", p. 162-163.
- (468) Art. 844 y 855 de la L.E.C. de 1.855; en la L.E.C. de 1.881, también los art. 858 y 892.
- (469) Palabras de Hernández de la Rúa, en sus "Comentarios...", T. 3, p. 72; también Caravantes, loc. cit., p. 40.
- (470) Hernández de la Rúa, loc. cit., p. 73.
- (471) Caravantes, loc. cit., p. 40-41.

- 472) Art. 849 de la L.E.C. de 1.881.
- 473) Art. 837 de la L.E.C. de 1.855, que pasó literalmente al art. 855 de la L.E.C. de 1.881, si bien fue derogado posteriormente por la Ley de 23 de julio de 1.966, que suprimía el trámite del apuntamiento.
- 474) Vid. nota anterior.
- 475) Como lo describe Ortiz de Zúñiga en su "Práctica..." T. 2, p. 197; también Hernández de la Rúa en "Comentarios..." T. 3, p.68-69; y Caravantes en su "Tratado...", T. 3, p. 36.
- 476) Según Hernández de la Rúa, loc. cit., p. 69.
- 477) Ortiz de Zúñiga, "Práctica...", T. 2, p. 197.
- 478) Según dice Caravantes, en su "Tratado..." T. 3, p. 36, en el art. 633, - la ley sobre aranceles judiciales de 29 de noviembre de 1.838, modificados con arreglo al real decreto de 22 de mayo de 1.846, se establecía - por primera vez que el apuntamiento debía pasar a ser uno de los primeros trámites en la segunda instancia.
- 479) Instrucción para los pleitos civiles de 30 de septiembre de 1.853, arts. 38 y 39 (p. 190 de la Colección de Decretos, T. 60).
- 480) Arts. 849, 850 y 851 de la L.E.C. de 1.855 y art. 856 de la L.E.C. de 1.881.
- 481) Art. 858 de la L.E.C. de 1.855 y art. 857 de la L.E.C. de 1.881.
- 482) Según escribe Gómez de la Serna en su "Tratado...", T. 2, p. 345.
- 483) Hernández de la Rúa, en "Comentarios..." T. 3, p. 77 y Vicente y Caravantes, "Tratado...", T. 3, p. 38.
- 484) Vid. Vicente y Caravantes, loc. cit., en nota anterior.
- 485) Art. 855 de la L.E.C. de 1.855 y art. 858 de la L.E.C. de 1.881.
- 486) Art. 859 de la L.E.C. de 1.881.
- 487) De los artículos 866, 867 y 868 de la Ley de Enjuiciamiento de 1.855, sólo se deduce que la petición de recibimiento a prueba de las partes, la aportación de documentos y la exigencia de confesiones judiciales, debía hacerse por las partes antes de haberse notificado la providencia en que se manda traer los autos a la vista", pero no se especifica si debía hacerse en el mismo escrito de agravios o de contestación, o por medio de otro trámite independiente. Los autores comentaristas de esta Ley tam poco resuelven el problema

- (488) Art. 860 de la L.E.C. de 1.881.
- (489) Digesto 49, 1, 3, 3. Vid. Orestano en "L'appello...", p. 427 y 428.
- (490) Codex 7, 62, 6, 1-2. Constitución del año 294 recogida en el Codex Justiniano 7, 62, 6, 1-2.
- (491) Las Leyes de Constantino se recogieron en el Codex Theodosianus 11, 30, 11 y 52. Sobre la coexistencia de las legislaciones constantina y diocleciana en esta época, vid. Padoa Schioppa, en "Richerche...", T. 1, p. 89.
- (492) Principalmente la constitución de Justino del 520 recogida en el Codex Justiniano 7, 63, 4, aparte de la prolija Legislación en este sentido: C. 7, 35, 12; C. 7, 50, 2; C. 7, 62, 37, 4; etc. Vid. a Padoa Schioppa - en loc. cit., en la nota anterior, p. 90 y 91.
- (493) "Richerche..." T. 2, p. 176-177.
- (494) Padoa Schioppa, deduce de la glosa irneriana ad novum capitulum, ad. C. 7, 63, 4 del tempor. et repar. appell., I. per hanc, que el concepto de Irnerio de los "nova capitula" va referido a una dimensión temporal, es decir "novum", es equivalente asucesivo, a sobrevenido. Vid. "Richerche..." T. 2, p. 177, nota 201.
- (495) Para Otton lo importante era que en la segunda instancia siguiese girando la controversia alrededor del "idem factum" que en la primera: el ejemplo que pone en su glosa capitulum, a C. 7, 63, 4, de tempor. et repar., I. per hanc, es bastante significativo: "... si de incisione arborum primo egit ac ratione legis aquilie, deinde in causa secunda agit interdicto quod vi aut clam ex eodem facto. Alias vero minime, quia iudicis appellationis tantum licet pronunciare (sententiam) iustam vel iniustam". Azzo, sin embargo, considerará que lo que no debe cambiarse es la cosa que se pide, no puede por ejemplo pedirse un buey en la primera instancia y en la segunda pedir un asno: los límites del "ius novorum" se cifran en la "res noviter petita". Su pasaje en este sentido en la Lectura ad. C. 7, 63, 4 de tempor. et repar., I per hanc, fue recogido por la glosa accursiana. Vid. a Padoa Schioppa, loc. cit., pp. 178-180, especialmente las notas 203, 206 y 207.
- (496) Padoa, "Richerche..." T. 2, p. 180, nota 208. Odofredo en su Commentaria ad C. 7, 63, 4 de tempor. et repar., I. per hanc, discutía la validez de las opiniones de Bassiano y Azzo sobre este tema, alegando que el cambio de acción en la segunda instancia era imposible, por cuanto que la sentencia de primer grado producía la excepción de "res iudicata" opinable en segunda instancia, si en esta se entablaba una acción diferente. Volvía en realidad a apoyar la tesis irneriana a través de la opinión de Carlo di Tocco, que también había sido favorable a una concepción restrictiva del "ius novorum".

- (497) Novela 90, 4, 1.
- (498) La tesis de Alberico se recogió en la glosa acursiana sed. et. si qua, - ad C. 7, 63, 4 de tempor. et repar., I. per hanc.
- (499) Vid. la nota precedente.
- (500) Azzo en Lectura ad. C. 7, 62, 6 de appell., I. eos, nr. 2 y en Summa Codicis 7, 63 de tempor. et repar., nr. 5 expone las ideas de su maestro y las propias.
- (501) Vid. Padoa, "Richerche..." T. 2, p. 183, nota 215.
- (502) Se desprende esto principalmente de las Decretales 2, 20, 17: "... in - appellationis causa, si nova contigerit emergere capitula, super quibus= aliqua partium voverit novos testes inducere, vel per iam receptos aliquid probare, eos credimus posse recipi super novis dumtaxat capitulis,= receptis prius ab ipsius secundum formam recipiendorum testium iuramentis".
- (503) Según se establecía en la Clementina, 2, 8, 2, que como veremos tuvo una singular trascendencia en nuestro derecho: "Testibus rite receptis et - eorum attestationibus publicatis sicut non licet super eisdem vel contra rio directo articulis alios vel eosdem testes in principali causa producere, sic non debet in appellatinis causa licere; quum non minus in appellationibus quam in principali causa subordinatio sit timenda". Como puede observarse, está basada, al igual que la tesis albericiana, en el espíritu de la Novela 90, 4, 1. Algún glosador había notado esta limitación del derecho canónico, pero había resuelto la contradicción reconduciéndola a la interpretación literal de la Novela: la prohibición sólo - estaba circunscrita a la primera instancia.
- (504) Lo que se contiene en Partidas 3, 16, 37 Ley en la cual sólo se hace excepción para el caso de que "alguna de las partes quisiese probar con - otros testigos que aquello que testiguaron los primeros contra el fuese= mentira, o que lo fizieron por aver, o por otra cosa qualquier que les dieron o que les prometieron de dar". Es decir admite las tachas de testigos.
- (505) Fuero Real 2, 8, 18 "Después de los dichos de las testimonias fueren - abiertos... no puedan más testimonias aducir sobre aquella razón: ca - pues que se supiese, que dizen las testimonias e no cumpliesen a lo que= el quisiese, podía apercebir otras testimonias, que dixiesen lo que las= otras menguaban".
- (506) O "super eisdem articulis" como dirá la Peregrina después, fo. 499-500.

- (507) Partidas 3, 16, 39 (en algunas ediciones es la Ley 40). La misma norma - aparece en el Espéculo 4, 7, 37 y en el Doctrinal 3, 2, 1. Otra Ley de Partidas (3, 23, 27) diría lo mismo: "Et si por aventura alguna de las partes dixiere que falló agora de nuevo cartas o testigos quel adyudan mucho en su pleyto, que non pudo mostrar ante el otro judgador, débegelo - rescebir...". Lo mismo en el Doctrinal 6, 1, 25.
- (508) Partidas 3, 23, 27 y Flores del Derecho 2, 9, 2. Para la primera instancia del juicio ordinario también era posible presentar pruebas documentales antes de que la causa estuviese conclusa, para la sentencia definitiva, aunque hubiese transcurrido el plazo probatorio: "Salvo ende carta o instrumento. Ca esto bien gelo puede recibir ante de las razones cerradas", Partidas 3, 16, 37.
- (509) "Razones de nuevo, que se hayan de poner demás de las que vienen en el - proceso del alzada...", como dicen Las Leyes del Estilo 151; y el Espéculo 5, 14, 9: "... aquel que se alza puede mejorar en su defensión ante el juez del alzada e poner otra de nuevo maguer non la haya primero puesto". En otro pasaje el Espéculo dirá que "el que se alza del juyzio afinado - (sentencia definitiva), si por aventura quando se alzare dixiere alguna - razon, porque non es derecho, e que por eso se alza, bien la puede des - pues camñar, mostrando otra si la oviese...", Espéculo 5, 13, 4.
- (510) Espéculo 5, 4, 9. Las excepciones oponibles en segunda instancia según - esta fuente son dos: "La una si el demandado razonar contra su contenido, defendiendose de aquel pleito que el demanda fue otra vez librado - por juicio (excepción de cosa juzgada). La otra si dize que fezieron avenencia o postura por que non gelo deve demandar, o que treynta años o - mas a que lo tiene en faz o en paz (pacto o promesa de no pedir)". Vid. - también el Doctrinal 3, 2, 1.
- (511) Partidas 3, 16, 39.
- (512) Clementinas 2, 8, 2, cuyo texto ha sido ya reproducido en la nota 503.
- (513) Recogido a través de su ratificación por los Reyes Católicos en diversas Ordenanzas sobre las que nos ocuparemos seguidamente, en Recopilación 4, 9, 4 y Novisima 11, 10, 6.
- (514) Ordenamiento de Alcalá 9, 2 (en algunas versiones aparece como la Ley 4). Esta ley exponía sus motivos con las siguientes palabras: "Por tirar a - las partes de la ocasión, que non corrompan los testigos, mandamos...".
- (515) Cortes de Madrigal de 1.476, pet. 38, C.L.C. T. 4, p. 105-6.
- (516) Cap. 29 de las Ordenanzas de Madrid de 1.502 y Cap. 12 de las Ordenanzas de Alcalá de 1.503, ambos recogidos en la Recopilación 4, 9, 4 y en la - Novisima 11, 10, 6. El capítulo de las Ordenanzas de Madrid también vie-

ne recogido por el "Libro de Bulas y Pragmáticas de Juan Ramírez, fo. - 72 r.

- (517) Cap. 27 de las Ordenanzas de Madrid de 1.502, "Libro de Bulas y Pragmáticas...", fo. 72. Recogido en la Recopilación 4, 9, 3 y Novísima 11, 21, = 6.
- (518) Cap. 28 de las Ordenanzas de Madrid, "Libro de Bulas...", fo. 72. Recogido también en la Recopilación 4, 9, 5 y Novísima 11, 10, 7.
- (519) Vid. las notas anteriores.
- (520) Vid. Recopilación 4, 16, 2 y Novísima 11, 14, 1, que recogen la Ley 26 - dada por Juan I en Las Cortes de Briviesca de 1.387, ratificada por los Reyes Católicos en las de Madrigal de 1.476.
- (521) Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 16, C.L.C. T. 2, p. 375-376.
- (522) Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 16, C.L.C. T. 2, p. 376.
- (523) Hevia Bolaños, "Curia Filípica...", p. 5, parr. 3, números 3-5, p. 188 - 189. En el mismo sentido Bonifacio en glosas a la Peregrina, fo. 50 r. : "... quia appellationem potest iustificare ex causis coram eo non probatis". Castillo de Bovadilla, diría asimismo, "... que en la causa de apelación no se puede mudar la acción intentada en la primera instancia, ni hacer probanza sobre otra diversa..." "Política..." T. 2, lib. 3, cap. 8 n.242, p. 217; Carleval, en su "Tractatus..." Tit. 1, disp. 2, n. 947, - p. 207: "appellatio non muttat naturam prioris causae... causa appellationis est eadem cum prima causa..." también Domínguez en su "Ilustración a la Curia..." T. 1, p. 5, C. 3, n. 2, p. 397, etc.
- (524) Azevedo en "Comentarii..." a Recopilación 4, 9, 4, p. 224. En otro pasaje dice el mismo autor: "non licet mutare libelum, vel actionem in prima instantia deductam... neque omissam in prima "dilatatoriam, in secunda proponere instantia... et an acta prioris instantiae teneatur appellans, - vel appellatus in causa appellationis exhibere...", en "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 7, p. 461.
- (525) Covarrubias en "Practicarum..." cap. 18, n. 6, p. 577. Lo mismo afirma - mucho después, Elizondo en su "Práctica..." T. 4, p. 276. Resulta extraño que estos autores mencionen los pleitos de hidalguía, puesto que en las Cortes de Valladolid de 1.537, Carlos I había legislado expresamente sobre estas causas disponiendo que en ellas se siguiesen las reglas generales sobre este punto (pet. 124, recogido en Recopilación 2, 11, 17 y - Novísima 11, 27, 9). En cuanto a las causas criminales ya lo había señalado Gregorio López en sus glosas a Partidas 3, 16, 37.
- (526) Hevia Bolaños, "Curia Filípica", p. 5, parr. 3, n. 4, p. 188.



- (527) "Quando testes deponerunt et dixerunt ne nescire capitulum super quo fuerunt interrogati, vel non recordati, bene admittuntur testes super eodem articulo... quod hoc casu cessat ratio fundamentalis prohibitionis nos - trae legis, nempe timor subordinatis...", Gutiérrez "Practicarum..." - Lib. 1, Q. 17, Com. a Recopilación 4, 9, 4, p. 78.
- (528) "... Testibus post publicationem receptis, parte non opponet licet valeat, ita ut non sit ipso iure nulla, et consensus partis operatur tacitus, quod expressus, secundum Hostiensem...", Salgado de Somoza, "Tractatus...", p. 2, cap. 1, n. 162, p. 149. Numerosos autores seguirían posteriormente a Salgado en este punto, Vid. Hevia Bolaños, "Curia..." p. 5, = parr. 3, n. 4, p. 188; Elizondo, "Practica..." T. 4, p. 276, etc.
- (529) Bolaños "Curia..." p. 5, parr. 3, n. 4, p. 188; Elizondo "Practica..." - T. 4., p. 276.
- (530) "Et antertius comparens publicatis attestationibus, vel in secunda instantia, possit facere eodem artículos, vel directo contrarios et super eis testes producere...", Azevedo, en "Comentarii..." a Recopilación 4, 9, 4, p. 224.
- (531) Bolaños, "Curia Filípica...", p. 5, parr. 3, n. 8, p. 192. Elizondo, "Práctica..." T. 4, p. 276; Domínguez, "Ilustración..." T. 1, p. 5, c.3, n. 4, p. 395, etc.
- (532) "... Quod si in secunda instantia constaret de malitia non probantis in prima, puta quia causa dilatandi hoc fecisse constiterit, deberet talis in expensis condemnari propter retardatum processum et non audiri usque dum eas reficeret...", Azevedo en "Comentarii..." a Recopilación 4, 9, 4, p. 225.
- (533) Vid. Cañada, "Instituciones..." T. 1, p. 2, c. 2, n. 4, p. 239.
- (534) "... Pues si bien es cierto que la primera instancia ante la justicia es igual respectivamente hablando a aquella (la primera)... no debe permitirse en los tribunales superiores, que si la parte no pudo hacer su prueba ante el juez inferior... acaso se le dispense con dificultad su justicia...", Elizondo "Prácticas...", T. 6, p. 132-133. Vid. también a Dou y Bassols, en "Instituciones..." T. 6, n. 71, p. 356.
- (535) Art. 65 del Reglamento Provisional de 1.835, "Colección de Decretos...", T. 20, p. 421.
- (536) Gómez de la Serna en su "Exposición de Motivos..." decía: "La cuestión más delicada que había que resolver en la segunda instancia era sin duda la de si debía o no admitirse nueva prueba y con que restricciones en su caso. La Comisión tenía para esto una guía segura: lo establecido en las leyes antiguas, a cuyo favor estaba la sanción de la experiencia...", p. 163.

- (537) Vid. los artículos 405-411 de la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1.830. -
- (538) Art. 866 de la L.E.C. de 1.855. "Y con razón -comentaba Gómez de la Serna- porque no es justo que se vuelva a preguntar a uno en la segunda instancia lo que ya se contestó en la primera, buscando tal vez a fuerza de artificios de dar tormento a las palabras, ponerlo en contradicción consigo mismo...", "Exposición...", p. 163.
- (539) Art. 867 de la L.E.C. de 1.855.
- (540) Los medios de prueba admisibles en apelación, aunque sujetos a las limitaciones de la Ley, son todos los medios aceptados por el art. 279 de la L.E.C. de 1.855. Esto parece deducirse de las palabras de Gómez de la Serna, en "Exposición..." p. 163, y de Caravantes en "Tratado..." T. 3, p. 43. Hernández de la Rúa, sin embargo, se manifiesta en contra de esta opinión, pues "La Ley... daría tanta latitud a las pruebas en esta segunda instancia que tal vez ocasionara... escandalos...", interpreta este autor que sólo se refiere a la prueba testifical, "Comentarios..." T. 3, p. 83-84.
- (541) Art. 869,1 de la L.E.C. de 1.855.
- (542) Vicente y Caravantes, "Tratado...", T. 3, p. 44.
- (543) Hernández de la Rúa, "Comentarios...", T. 3, p. 84 y 85.
- (544) Art. 869, 2º y 3º de la L.E.C. de 1.855.
- (545) Vicente y Caravantes, "Tratado...", T. 3, p. 44.
- (546) Vicente y Caravantes, "Tratado...", T. 3, p. 44 y Hernández de la Rúa, - "Comentarios..." T. 3, p. 85.
- (547) Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1.860, 20 de diciembre de 1.856 y 30 de marzo de 1.860.
- (548) Art. 862, números 2, 3 y 4 de la L.E.C. de 1.881.
- (549) Art. 862, n.º 1 de la L.E.C. de 1.881.
- (550) Art. 862, n.º 5 de la L.E.C. de 1.881.
- (551) La Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1.830, establecía en su artículo - 407 tres casos en los cuales podía recibirse a prueba en apelación: 1) - Cuando los litigantes estuvieran conformes sobre ello; 2) Si se alegasen nuevos hechos que exigieran prueba para la calificación del derecho de -

- las partes; 3) Cuando se manifestara causa suficiente a juicio del tribunal que impidiese probar en primera instancia los hechos que se alegaron en ella. Creemos que este último caso pudo muy bien ser precedente del art. 862, 1 de la L.E.C. de 1.881.
- (552) Art. 1.192 de la L.E.C. de 1.855. Vid también sobre ello a Gómez de la Serna, "Exposición de Motivos...", p. 207 y Vicente y Caravantes, en su "Tratado...", T. 3, p. 44.
- (553) Art. 865 de la L.E.C. de 1.881.
- (554) Art. 407, 1 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1.830.
- (555) Como disponía genericamente el Ordenamiento de Madrid de 1.502, en sus capítulos 27 al 29, recogidos en el "Libro de Bulas y Pragmáticas...", fo. 72-72 r. y Recopilación 4, 9, 3-4-5 y Novísima 11, 10, 6 y 7 y 11, 21, 6.
- (556) Elizondo, "Práctica...", T. 6, p. 132.
- (557) Hevia Bolaños, "Curia...", p. 5, parr. 3, n. 6, p. 189.
- (558) Castillo de Bovadilla, "Política..." T. 2, lib. 3, cap. 8, números 249 y 250, pp. 219-220.
- (559) Los plazos probatorios para el juicio ordinario están contenidos en la Recopilación 4, 6, en general.
- (560) Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 16, C.L.C., T. 2, p. 375.
- (561) Cap. 28 de las Ordenanzas de 1.502, recogido en el "Libro de Bulas...", fo. 72 y en Recopilación 4, 9, 5 y Novísima 11, 10, 7.
- (562) Vid. la nota 120 al capítulo 2 de esta tesis.
- (563) Cap. 29 in fine de las Ordenanzas de 1.502, "Libro de Bulas..." fo. 72 r. y Recopilación 4, 9, 4 y Novísima 11, 10, 6.
- (564) Vicente y Caravantes, "Tratado..." T. 3, p. 45. La Instrucción del Marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1.853, decía expresamente en su art. 46, que la prueba en apelación seguiría las mismas reglas que la primera instancia, pero la Ley de 1.855 no lo mencionaba específicamente.
- (565) Art. 870 de la L.E.C. de 1.855.
- (566) Arts. 871 y 872 de la L.E.C. de 1.855. Vid. Gómez de la Serna, "Exposición de Motivos...", p. 164.

- (566 bis) Art. 865 de la L.E.C. de 1.881.
- (567) Art. 866 de la L.E.C. de 1.881.
- (568) Art. 867 de la L.E.C. de 1.881.
- (569) Art. 868 de la L.E.C. de 1.881.
- (570) Cortes de Briviesca de 1.387, pet. 26, C.L.C., T. 2, p. 375-376, recogido en la Recopilación 2, 16, 4 y Novísima 11, 14, 1.
- (571) Pragmática dada por Felipe III en el Pardo, en febrero de 1.617, recogida en la Novísima 11, 14, 2; Auto acordado del Consejo de 11 de febrero de 1.617, recogido en Recopilación de Autos acordados 2, 16, 4; Auto acordado del Consejo de 19 de enero de 1.624; en Recopilación de Autos Acordados 2, 16, 7; Auto acordado del Consejo de 2 de octubre de 1.679, en Recopilación de Autos Acordados 2, 17, 10.
- (572) Auto acordado del Consejo de 5 de diciembre de 1.725, ratificado por una resolución de Carlos IV, a consulta de 18 diciembre de 1.804, recogidas por la Novísima Recopilación 11, 14, 3.
- (573) Art. 873 de la L.E.C. de 1.855 y art. 876 de la L.E.C. de 1.881.
- (574) Art. 874 de la L.E.C. de 1.855 y art. 877 de la L.E.C. de 1.881.
- (575) Art. 875 de la L.E.C. de 1.855 y art. 877 de la L.E.C. de 1.881.
- (576) Art. 876 de la L.E.C. de 1.855 y art. 879 de la L.E.C. de 1.881.
- (577) Arts. 877 y 878 de la L.E.C. de 1.855 y art. 880 de la L.E.C. de 1.881.
- (578) Art. 879 de la L.E.C. de 1.855 y art. 882 de la L.E.C. de 1.881.
- (579) Art. 880 de la L.E.C. de 1.855 y art. 881 de la L.E.C. de 1.881.
- (580) Art. 881 de la L.E.C. de 1.855 y art. 883 de la L.E.C. de 1.881.
- (581) Art. 882 de la L.E.C. de 1.855 y art. 884 de la L.E.C. de 1.881.
- (582) Según Hernández de la Rúa, en sus "Comentarios..." T. 3, p. 90.
- (583) El art. 873 de la L.E.C. de 1.881 remitía la vista en segunda instancia a lo regulado en los artículos 321 y siguientes.
- (584) Art. 861 de la L.E.C. de 1.855.
- (585) Art. 862 de la L.E.C. de 1.855.

- (586) Art. 864 de la L.E.C. de 1.855.
- (586 bis) Hernández de la Rúa, "Comentarios...", T. 3, p. 88.
- (587) Hernández de la Rúa, "Comentarios...", T. 3, p. 65.
- (588) Art. 330 de la L.E.C. de 1.881, aunque se añadían las prevenciones de los arts. 331 y 332.
- (589) Cortes de Zamora de 1.274, pet. 21, C.L.C. T. 1, p. 90. Esta disposición pretendía probablemente suplir la laguna que en este punto tenían las Partidas y los demás Códigos alfonsinos.
- (590) Ordenamiento de Alcalá de 1.348, 12 y 2.
- (591) Cortes de Toledo de 1.462, pet. 49, C.L.C. T. 73, p. 738.
- (592) Recopilación 4, 17, 1 y Novísima 11, 16, 1.
- (593) Normativa recogida en la Recopilación 4, 18, 7.
- (594) Vid. Castillo de Bovadilla, en "Política...", T. 2, lib. 3, c. 8, números 191-192, p. 197-198. El apoyo mayor que encuentra este autor para basar su tesis es lo dispuesto por Partidas 3, 26, 4, que establecían la nulidad de la sentencia cuando a los jueces "les fuese otorgado de juzgar fasta el tiempo cierto, e ellos diessen su juicio despues que fuese acabado aquel tiempo en que les fue otorgado poder de juzgar".
- (595) Art. 331 de la L.E.C. de 1.855.
- (596) Art. 883 de la L.E.C. de 1.855.
- (597) Arts. 678 y 885 de la L.E.C. de 1.881.
- (598) A pesar de que la Ley del Fuero Real 2, 15, 6 era de contenido sustancial idéntico de la de Partidas 3, 23, 27, y que las Partidas estaban oficialmente vigentes desde 1.348 hasta el siglo XIX, las Recopilaciones recogieron específicamente la Ley del Fuero Real: Ordenanzas Reales de Castilla, 3, 16, 9; Recopilación 4, 17, 7; Novísima 11, 19, 2.
- (599) Palabras del Fuero Real 2, 15, 6.
- (600) Partidas 3, 23, 27; Fuero Real, 2, 15, 6; Flores del Derecho 3, 2, 8; Doctrinal 6, 1, 25.
- (601) Partidas 3, 18, 110.

- (602) Partidas 3, 23, 27; en el mismo sentido Fuero Real 2, 15, 6. Díaz de Montalvo, comentando esta ley dirá "Et sic patet, quod tota causa devolvitur in hoc caso ad iudicem ad quem...". Una Ley del Estilo (Ley 149) que también hablaba sobre la sentencia de apelación revocatoria de la anterior, establecía que en el caso de que el superior anulase la sentencia del inferior "porque es ninguno el pleyto por mengua del alcalde... o por mengua de la parte, estonce puede enviar el pleyto a otro alcalde si ha otro alcalde en ese lugar donde era el alcalde que dio el juicio. Et si otro alcalde y non ha, o maguer y lo haya... puede, si quisiere, retenir en sí el pleyto, et ir por él adelante...".
- (603) Partidas 3, 18, 110.
- (604) "... Quando prima fuit absolutoria, secunda ita simpliciter lata, non videtur sufficere petenti: ex quo non habet aliquam condemnationem, de qua petat executionem: unde tali casu deberet iudex condemnare reum". Gregorio López en glosas a Partidas 3, 18, 110.
- (605) La misma Ley de Partidas 3, 18, 110, ofrece una fórmula para este supuesto, y un autor como Maldonado, comentaría esta ley, afirmando la innecesariedad de una revocación completa de la sentencia primera: "... in appellationis causa, ut appellans obtinere dicatur, non est necessarium quod omnia sententiae capitula revocata sint, sufficit enim, ut super uno tantum obtineat, ad hoc quod dici possit appellatio bene interposita et in ejus instantia sententia obtenta...", "Tractatus...", Tit. 6, Q. 12, n. 17, p. 374.
- (606) Vid. Azevedo, en "Comentarii..." a Recopilación 4, 18, 7, n. 102, p. 465.
- (607) Clasificación que seguía por ejemplo Baldo, según cita Azevedo (loc. cit., de nota anterior). De autores del XVII, vid. Hevia Bolaños, "Curia Filípica...", p. 5, parr. 3, n. 11, p. 189; Domínguez, "Ilustración...", T. 1, p. 5, cap. 3, n. 8, p. 396, etc.
- (608) Vid. Padoa Schioppa, "Recherche...", T. 2, pp. 185-186, notas 224, 225 y 226.
- (609) Fuero Real 2, 15, 7. Esta ley equiparaba a efectos de ejecución las sentencias de apelación confirmatorias de la anterior, con aquellas de primera instancia, que no apeladas, habían devenido firmes.
- (610) Partidas, 3, 23, 27.
- (611) Vid. las Cortes de Valladolid de 1.537, pet. 86 y 112, pp. 663-4 y 674 - respectivamente; Cortes de Valladolid de 1.558, pet. 20, p. 742.
- (612) Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 13; Recopilación 4, 17, 6; Novísima 11, 17, 1.

- (613) No podemos saber con certeza de donde proviene el criterio establecido - por el Fuero Real. Desde luego no puede descartarse que alguno de sus redactores estuviese influido por alguna corriente boloñesa, como tampoco puede descartarse que se tratase de una simple medida práctica -puesto- que este texto habla casi siempre de apelaciones ventiladas por el rey-, adoptada por un texto más enfocado hacia la ordenación pragmática de la sociedad que los universales códigos que vendrían después. Tampoco hay que olvidar que esta fuente contenía ya el criterio que posiblemente guió a las Partidas para configurar la segunda instancia como juicio revisor de la anterior, por considerarla partícipe de su misma naturaleza. (Vid. la nota 505 de este capítulo).
- (614) Leyes del Estilo 169.
- (615) Gutiérrez en "Practicarum...", comentando la Recopilación 4, 17, 6, lib. 1, Q. 92, p. 101: "Bartolo et magis communiter Doctores... tenent quod - si prima sententia fuit expresse confirmata per iudicem appellationis, - exequutio spectat ad ipsum iudicem appellationis... Et ratio supradicta= communis sententiae est, quoniam in ipsius actio oritur ex sententia, - confirmante, non vero ex prima confirmata..." Otro autor como Azevedo hará también referencia a lo mismo: "... tenendum est cum doctoribus communiter secundum Baldo,... prima sententia est extincta per appellationem= et ideo secunda exequenda est, et sic iudex ad quem exequetur eam, quia= non agitur ex confirmato, sed ex confirmante..." "Comentarii..." a Recopilación 4, 17, 6, n.º 3, p. 405.
- (616) "Quia ab interlocutoria si appelletur, non est dubium, si illa confirmetur et pronuntietur male appellatum, quod primus iudex illam exequetur,= quia appellantis iudex est functus officio suo, pronuntiando male appellatum, et primus suus iudex in illa causa remansit...", como explicará Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 7. Según Gutiérrez en el caso de la interlocutoria confirmada en apelación, "ad eumque causam principalem remissam, ut de ea cognoscatur, quare necessario per illam remissionem expressam tacite sibi demandata videtur exequutio interlocutoriae..." - "Practicarum...", Com. a Recopilación 4, 17, 6, Lib. 1, Q. 92, p. 101.
- (617) "Quandoque iudex appellationis non confirmat primam sententiam, sed ex - cursu temporis dierum fatalium pronunciat appellationem desertam, et - prior iudex exequetur", dirá Montalvo en glosas al Fuero Real 2, 15, 7.= La razón de ello la explica también Scaccia: "quia isto caso potest victor appellatus adire iudicem, quia executioni... deserta appellatione, - primus iudex laqueat exequi, praesentim quando appellatio est deserta non= interviniente aliqua pronuntiatione iudicis ad quem...", "Tractatus..."= Q. 2, art. 5, n. 167, p. 144.

- (618) Para Scaccia, "qui ultimam tulit sententiam, exequitur eam... quod iudex ad quem appellatur, mandat sententiam executioni, non iudex primus... et quod si secunda sententia fuit expresse confirmatoria primae, tunc secunda mittatur executioni per iudicem appellationis...", Ratio est, quia - quando prima, seu secunda sententia fuit confirmatoria, agitur ex sententia confirmante et non ex confirmata...", en "Tractatus...", Q. 2, art. 7, números 162-163, p. 143.
- (619) "Sed contra hanc communem traditionem Legislationem Regia adsunt aliae expressiones, probantes ad iudicem a quo qui tulit sententiam postea confirmatam, pertinere executionem ipsius... Quid dicendum in hac difficultate". Gutiérrez en "Practicarum...", com. a Recopilación 4, 17, 6, Lib. 1, Q. 92, p. 102.
- (620) "Ista lex loquitur dubie, nescitur enim si loquitur de iudice appellationis vel de iudice primo... quod iudex appellationis exequitur...", Glosas a Fuero Real 2, 15, 7.
- (621) "... Est ratio quia sententia lata competeat primo iudici executio, si non fuerat appellatum, cassata ergo appellatione, aequitas exigit ut executio per appellationem impedita ad illum reveberatur", dicit Montalvo en sus glosas al Fuero Real 2, 15, 7. La misma argumentación expone Maldonado en su "Tractatus...", Tit. 6, Q. 13, n. 6, p. 375.
- Azevedo por su parte, exponiendo más de cerca la opinión de Bartolo, escribía "... Bartolo... tenetur tamen tunc iudex ad quem remittere executionem iudici a quo eo casu quo ex eisdem actis, et non ex novis, sententia per iudicem ad quem confirmatur, secus vero si ex aliis novis et diversis actis confirmaretur, quia tunc remittere non tenetur... et opinio Bartolo correcta videtur per lex 27, tit. 23, Partita 3...", "Comentarios..." a Recopilación 4, 17, 6, p. 405.
- (622) Vid. la argumentación de Castillo contra Azevedo, en "Política", T. 2 y - Lib. 3, cap. 7. números 280 y 281, pp. 229-230.
- (623) Pérez y López en el "Teatro de la Legislación...", T. 3, p. 451.
- (624) Arts. 885 y 886 de la L.E.C. de 1.855.
- (625) Gómez de la Serna en "Exposición de Motivos...", p. 165.
- (626) Ortiz de Zúñiga en "Práctica...", T. 2, p. 203-4. En general, en sus argumentos se trasluzca la melancolía del conservador que ve abolirse una práctica tradicional del antiguo régimen, pues según explica, la seguridad que ofrecían las Reales Provisiones estaba ligada a la solemnidad del documento "que se encabezaba a nombre del Monarca, firmado por el regente, el presidente de la sala respectiva y otros dos ministros de ella registrado en la cancillería y autorizado con el sello Real de la misma".



y la firma del escribano de cámara...". Vid. las opiniones contrarias de Hernández de la Rúa, en "Comentarios...", T. 3, p. 93 y de Vicente y Caravantes en su "Tratado...", T. 3, p. 48-49.

- (627) Arts. 850 y sig. de la L.E.C. de 1.881.
- (628) Partidas 3, 22, 21 y 3, 23, 5; Espéculo 5, 14, 19; Doctrinal 5, 1, 188 y - 6, 1, 6.
- (629) Vid. a Orestano en "L'appello...", p. 223, 311 y 429.
- (630) Vid. a Padoa Schioppa, "Richerche...", T. 2, p. 186-187 y su nota n.º 228.
- (631) Vid. a Morel, "Le recours au roi...", p. 26-32.
- (632) El texto de Decretales 2, 28, 72 era muy significativo a este respecto : "Una sententia pluribus condemnatis, si unus solus ad appellationis beneficium convolaverit, illius victoria iure communi ceteris suffragatur, - si communi iure iuventur, idemque negotium et eadem causa defensionis - existat". Para Bonifacio, bastaría la alegación de un derecho "indivisible" y común dentro de la misma causa: "due sunt cause propter quas - prodest appellatio unius alteri: ius individuum et pari causa". Glosas a Peregrina fo. 41. Para Gregorio López, lo más importante es que los consocios aleguen "eadem causa defensionis", glosas a Partidas 3, 23, 55.
- (633) Partidas, 3, 23, 5.
- (634) Particularmente Azzo en Summa Codicis ad C.7, 68, 1 si unus ex pluribus, l. si iudici, como notan Gregorio López en glosas a esta Ley de Partidas y Bonifacio en glosas a Peregrina fo. 41. Vid. también a Padoa Schioppa, "Richerche..." T. 2, p. 187, nota 228.
- (635) Según Jesús Lalinde Abadía, el usufructo se concebía en el derecho Justiniano como servidumbre personal y por ende en el derecho de las Partidas. Unicamente con la codificación del derecho civil se configuraría como derecho autónomo. "Iniciación histórica al Derecho español", Barcelona 1.978, p. 661 y sig.
- (636) "Mas si non fuese tal sententia desatada por manera de alzada, mas por - que era el uno dellos menos et que pidio restitution, entonce non tornare pro a los otros el juicio..." Partidas 3, 23, 5. Para Gregorio López, se trataría en este caso de una "causa dividua", según dice en sus glosas a esta Ley de Partidas. Bonifacio, decía por otra parte que la sentencia obtenida por un menor por via de restitución si podía extender sus efectos a otro menor: "Quero: duo minores petebant rem communem rei vindicatione succumbuerunt: unus petiit restitutionem in integrum et obtinuit, quia constabat iudice quod erat minor et lesus: an alteri minor prosit ista sententia: cum per omnia sit par ratio equitatis". Se trata-

ba en este caso de "eadem causa defensionis". Glosas a Peregrina, fo. - 41.

- (637) "Quando probationes essent diversae: secus si eadem probatio fuit contra omnes: nam tunc unius appellatio sufficiet..." Gregorio López en glosas= a Partidas 3, 23, 5.
- (638) "... Nisi alius socius acquererit sententiae expresse illam approbando.. nisi renuntiasse verum beneficio iurisconis...", Gregorio López, glosas= a Partidas 3, 23, 5.
- (639) Partidas 3, 23, 5.
- (640) Vid. Suárez de Figueroa en su "Tractatus de Jure adhaerendi", cap.
- (641) Vid. a Lancelotte, en su "Tractatus de attentatis...", p. 2, ampl. 2, n. 1, y sig. p. 212. En general vid. a Maldonado, "Tractatus...", tit. 5, Q 8, n. 1, p. 253; Domínguez, "Ilustración...", T. 1, p. 5, c. 1, n. 21, - pp. 385; Villadiego, c. 4, n. 34, p. 102; Dou y Bassols, "Instituciones." T. 6, n. 7, p. 355-6, etc.
- (642) Jesús Lalinde Abadía, "Los gastos del proceso en el derecho histórico egpañol", en A.H.D.E. 34, 1.964, pp. 249-416.
- (643) Wid. Lalinde, op. cit., pp. 379 y sig.
- (644) José Chioventa, "La condena en costas", Madrid 1.928, p. 154 y sig.
- (645) Libro Sexto de Decretales 1, 6, 1; 2, 5, 1; 5, 37, 10, etc. Vid. a Lalinde, op. cit., p. 365-366.
- (646) Wid. a Lalinde, op. cit., p. 394-5; también Guasp, en su "Derecho procesal Civil", T. 1, p. 572.
- (647) Wid. a Lalinde, op. cit., p. 398-399.
- (648) Ley del Estilo 164. Este criterio evidentemente objetivo es rechazado más tarde por el glosador de la Peregrina, que alude al caso concreto sin referirse a esta Ley del Estilo: "Sed quid si iudex appellationis rescindat sententiam in quinque et in alius quinque confirmat: nunquid fiet condemnatio expensarum et videtur quod non: quod sunt in pari causa sed an quatenus habuit iustam causam litigandi...", Bonifacio en glosas= a la Peregrina fo. 49 r.
- (649) Cortes de Segovia de 1.532, pet. 3, C.L.C. T. 3, p. 527-528 y Cortes de Madrid de 1.534, pet. 40, C.L.C. T. 74, p. 573, recogidas en la Recopilación 4, 22, 1 y Novísima 11, 19, 3.

- (650) Espéculo 5, 13, 5. En el Espéculo si es evidente la conversión del criterio subjetivo en objetivo de la primera a la segunda instancia, del que habla Lalinde, pues en otra Ley referente a costas en la primera instancia se establece que "conviene aun que fagan los que lugar tienen de judgar, que en todo pleito que fuere vencido, quel peche las despensas al que venceo, fueras ende... si podiere mostrar el que fue vencido escusa derecha, que aquel pleito non demandó, o nol defendeó por facer mal nin daño a la otra parte, mas teniendo que era su derecho..." Espéculo 4, 2, 17.
- (651) Fuero Real 2, 15, 6, norma que fue recogida por las Ordenanzas Reales de Castilla 3, 16, 9; la Recopilación 4, 17, 7 y la Novísima 11, 19, 2.
- (652) Partidas 3, 23, 27; Doctrinal 6, 1, 25; Flores del Derecho 3, 2, 8.
- (653) Palabras de Partidas 3, 23, 27.
- (654) Como dirá Díaz de Montalvo en sus glosas a Fuero Real 2, 15, 4.
- (655) Bonifacio, en glosas a la Peregrina fo. 49 r., dice siguiendo a Juan Andrés, que el apelante será condenado en costas dependiendo de la forma en que se confirmó la otra sentencia "quod si succumbit ex novis probationibus excusatur, secus si ex antiquis". Seguidamente reporta la opinión canonista de Inocencio IV: "quod condemnatur indistincte", y los argumentos de Baldo en contra de este criterio objetivo "... relinquitur arbitrio iudicis an habuit iustam causam litigandi: nec ne...".
- (656) Según Gregorio López, "si in causa appellationis inducerentur novae probationes: tunc non esset facienda condemnatio in expensis...", Glosas a Partidas 3, 23, 27.
- (657) Recogidas en Recopilación 4, 22, 1 y Novísima 11, 19, 3, como se decía en la nota 560. También se menciona el tema en las Cortes de Madrid de 1.551, pet. 8, C.L.C. T. 5, p. 500. No coincide con la interpretación que de esta Ley de la Recopilación hace Lalinde Abadía (op. cit., p. 399) Para este autor esta Ley representa "el criterio objetivo más riguroso" de la legislación castellana; para mí constituye otra ratificación del criterio subjetivo, puesto que exonera de costas al apelante en el caso de que la sentencia de apelación "se diere con aditamento y moderación" respecto de la anterior, lo que supone que el apelante ha presentado nuevos elementos ante el superior que dan fe de su "causa probabilis" y eliminan la presunción de temeridad. Por otra parte un criterio objetivo riguroso condenaría en costas al apelado si se revocara en apelación la primera sentencia, y esta ley especifica que no habrá condena en costas si "la parte condenada hubiere tenido sentencia en su favor, conforme a lo contenido en la Ley anterior", la ley anterior (Recopilación 4, 17, 7) recogía la norma del Fuero Real, evidentemente subjetivista..

- (658) Cortes de Zamora de 1.274, pet. 23, C.L.C. T. 1, p. 90-91.
- (659) Vid. "Política...", T. 2, lib. 5, cap. 3, números 92 y 93, p.652.
- (660) Vid. "Práctica...", T. 6, p. 134.
- (661) Vid. a Hevia Bolaños, "Curia Filípica...", p. 5, parr. 2, n. 7, p. 187 y a Domínguez, "Ilustración...", T. 1, p. 5, cap. 2, n. 4, p. 391.
- (662) El art. 886 de la L.E.C. de 1.855, decía que la tasación y regulación de las costas sólo se haría "cuando hubiere habido esta condena". En el mismo sentido el art. 850 de la L.E.C. de 1.881, decía: "Si hubiere habido= condena en costas se practicará previamente la tasación de las mismas".
- (663) Escribe este autor que la comisión "... consideró que las proscripciones de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, en virtud de las que todo actor - que no prueba su acción o que la abandone debe ser condenado en ellas - (las costas) estarían en los negocios comunes sujetas a inconvenientes - graves y tuvo por prudente seguir el derecho antiguo...". "Exposición de Motivos...", p. 39.
- (664) Sentencia del T.S. de 12 de mayo de 1.860.
- (665) Sentencia del T.S. de 15 de diciembre de 1.860.
- (666) Vid. a Lalinde, en "Los gastos del proceso...", p. 400.
- (667) Montesquieu, en "El Espíritu de las Leyes", lib. 28, cap. 35, p. 426.

462

## B I B L I O G R A F I A

## BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

## 1. FUENTES

- Colección de Decretos de Cortes, Madrid 1.836.
- Constitución Política de la Monarquía Española de 1.812, Madrid 1.836.
- Corpus Iuris Canonici, ed. Friedberg, Leipzig 1.959.
- Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla, ed. de la R.A.H., Madrid 1.861-1.903.
- Espéculo, ed. Códigos Españoles, T. 6, Madrid 1.849.
- Fuero Juzgo, ed. Códigos Españoles, T. 1, Madrid 1.847.
- Fuero Real, ed. Códigos Españoles, T. 1, Madrid 1.847.
- Fuero Viejo de Castilla, ed. Códigos Españoles, T. 1, Madrid 1.847.
- Leyes del Estilo, ed. Códigos Españoles, T. 1., Madrid 1.847.
- Leyes Nuevas dadas por el Rey Don Alfonso el Sabio, ed. Códigos Españoles, T. 6, Madrid 1.849.

- Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid - 1.855.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid - 1.888.
- Memorial Histórico Español, Colección de documentos publicados por la R.A.H., Madrid 1.918.
- Nueva Recopilación de Leyes y autos acordados, Madrid 1.775.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España, Madrid 1.805.
- Ordenamiento de Alcalá de 1.348, ed. Códigos Españoles, T. 1, Madrid - 1.847.
- Ordenamiento de Villareal, ed. R. Gibert, AHDE, T. 25, 1.955.
- Ordenanzas Reales de Castilla, ed. Códigos Españoles, T. 6, Madrid 1.849.
- RAMIREZ, Juan: "Libro en que están compiladas algunas bulas de nuestro muy Santo Padre concedidas en favor de sus Altezas y todas las Pragmáticas que están fechas para la buena gobernación del Reino", Sevilla, 1.503.

- SANTOS SANCHEZ, A.: "Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, - provisiones, circulares y autos acordados publicados en el reynado de Carlos III", Madrid 1.792.
- SANTOS SANCHEZ, A.: "Colección de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados, vandos y otras providencias publicadas - en el actual reynado del señor Don Carlos IV", Madrid 1.801.
- Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, ed. R.A.H., Madrid 1.807.

## 2. LITERATURA JURIDICA

- AZEVEDO, A.: "Comentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones" Ludguni 1.738.
- ARIAS DE BALBOA, A.: "Glosas al Fuero Real", ed. Cerdá, AHDE, T. 22, - 1.951-1.952.
- CAÑADA: "Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias", Madrid 1.794.
- CARLEVAL, T.: "Tractatus de Iudiciis Officio", Colonia 1.729.



- CASTILLO DE BOVADILLA, J.: "Política para Corregidores y Señores de Vasallos", ed. facsimil del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1.978.
- CELSO, H.: "Repertorio universal de todas las leyes destos reynos de Castilla, abreviadas y reduzidas en forma de repertorio decisivo", Medina del Campo 1.553.
- CORNEJO, A.: "Diccionario histórico y forense del derecho real de España", Madrid 1.779.
- COVARRUBIAS, D.: "Practicarum Quaestiones" en "Opera Omnia", Colonia 1.723
- DIAZ DE MONTALVO, A.: "Fuero Real glosado en Espagna", Venecia 1.500.
- "Solemne repertorium seu glosa super leges ordinatum Regni imperium in Lucem aeditum subtiliterque enmendatum et in pluribus copiosae Additum", 1.549.
- DOMINGUEZ VICENTE, J.M.: "Ilustración a la Curia Filípica", Madrid 1.790.
- DOU Y BASSOLS, R.: "Instituciones del Derecho Público general en España con noticia particular de Cataluña", Madrid 1.802.

- DURANTE, G.: "Speculum Iuris", Turin, 1.678.
- ELIZONDO, A.: "Practica Universal forense en los Tribunales Superiores de España e Indias", Madrid 1.779.
- ESCRICHE, J.: "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", Valencia 1.838.
- Expositiones Nominum Legalium, ed. García Gallo y Villapalos, Madrid 1.974
- GOMEZ DE LA SERNA, P.: "Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid 1.856.
- Con Montalbán, J.M.: "Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales", Madrid 1.856,
- GUTIERREZ, J.: "Practicarum Quaestionem Civilium", en "Opera Omnia", Lugduni 1.730.
- HERNANDEZ DE LA RUA, V.: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", - Madrid 1.856.
- HEVIA BOLAÑOS, J.: "Curia Filípica", Madrid 1.684.

- INFANTE: "Forma Libellandi", Burgos 1.529.
- Jacobo de las Leyes, "Flores del Derecho", ed. Ureña en "Obras del Maestro Jacobo de las Leyes. Jurisconsulto del siglo XIII", Madrid 1.924, pp. 1 - 183.
- "Doctrinal", Ed. Ureña en "Obras...", pp. 185-376.
- "Summa de los Nueve Tiempos de los Pleitos", ed. Ureña en "Obras...", p. - 377 y sig.
- LANCELOTTE, R.: "Tractatus de Attentatis et innovatis lite et appellatione pendente", Venecia 1.612.
- LOPEZ, G.: "Glosas a las Partidas", Madrid 1.878.
- MALDONADO et PARDO, J.: "Tractatus de Secunda Supplicatione sive recursus= revisionis sententias Supremi Senatus", Génova 1.762.
- Margarita de los Pleitos (atribuida a Martínez de Zamora), ed. Cerdá, AHDE T. 20, 1.950, pp. 634-738.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: "Practica General Forense", Madrid 1.861.

- Peregrina, a Compilatore glossarum dicta Bonifacia, Imo. Est. Polomo, -  
1.498.
- PEREZ Y LOPEZ, A.: "Teatro de la Legislación Universal de España e Indias=  
por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas", Madrid=  
1.779.
- SALGADO DE SOMOZA, F.: "Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appe  
llantium", Lugdini 1.669.
- SCACCIA, S.: "Tractatus de Appellationibus", Lieja, 1.625.
- "Tractatus de Sententia et Re judicata", Colonia 1.738.
- SUAREZ DE FIGUEROA, J.: "De Iure Adhaerendi alterius appellatione et de om  
ni adhaesioni materiae", Madrid 1.666.
- SYLVESTRE MARTINEZ, M.: "Librería de jueces Utilísima y Universal", Madrid  
1.771.
- VAN SPEN, Z.B.: "Jus Ecclesiasticum Universum", Madrid 1.778.
- VICENTE Y CARAVANTES, J.: "Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los -  
procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuicia-  
miento", Madrid 1.858.

- VILLADIEGO Y VASCUÑANA, A.: "Instrucción Política y Práctica Judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno", Madrid 1.720.

### 3. BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ALONSO ROMERO, M.P.: "Historia del proceso penal ordinario en Castilla (s. XIII-XVIII)", ed. Universidad de Salamanca 1.979.
- ALVAREZ SUAREZ, V.: "Instituciones de Derecho Romano. Derecho Procesal Civil", Madrid 1.975.
- BECENA: "Magistratura y Justicia", Madrid 1.928.
- BERMEJO CABRERO, J.L: "Mayoría de Justicia del Rey y Jurisdicciones Señoriales en la Baja Edad Media castellana", en vols. de comunicaciones y ponencias presentadas en la I Jornada de Metodología Aplicada de las Ciencias Históricas, 24-25, abril 1.973.
- BERMUDEZ AZNAR, A.: "El Corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1.348-1.474)", Murcia 1.974.
- CALAMANDREI, P.: "La Casazione Civile", Milan-Turin-Roma 1.920.

- CHIOVENDA, J.: "La condena en costas", Madrid 1.928.
- "Romanesimo e Germanesimo del processo civile", Saggi di diritto processuale civile, Bologna 1.904.
- DELLA ROCCA, F.: "Saggi di diritto processuale canonico", Padua 1.961.
- PAIREN GUILLEN, V.: "Temas del Ordenamiento Procesal", Madrid 1.969.
- FOURNIER, M.: "Essai sur l'histoire de l'appel suivi d'une étude sur la forme de l'appel", Paris 1.881.
- GARCIA GALLO, A.: "El libro de las Leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas", AHDE, T. 21-22, 1.951-52, pp. 345-528.
- "Las Audiencias en Indias", Academia Nacional de Historia, Caracas 1.975.
- "Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso S", AHDE, T. 46 1.976.
- GENESTAL, R.: "Les origines de l'appel comme d'abus", Paris 1.951.
- GIBERT, R.: "Historia General del Derecho Español", Granada 1.968.

- GOMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: "Derecho Procesal Civil", Madrid - 1.969.
- GUASP, J.: "Derecho Procesal Civil", Madrid 1.977.
- HINTZE, O.: "El Comisario y su significación en la historia general de la administración", en "Historia de las formas políticas", Madrid 1.968.
- LALINDE ABADIA, J.: "Iniciación Histórica al Derecho Español", Barcelona - 1.978.
- "Los gastos del proceso en el Derecho histórico Español", AHDE, T. 34, - 1.964.
- LASO GAYTE, F.: "Crónica de la Codificación Española", Madrid 1.972.
- LOPEZ ORTIZ, F.J.: "El proceso de los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica", AHDE, T. 14, 1.942-43.
- MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, J.: "Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español", AHDE, T. 23, 1.953, p. 467-93.
- MARCOS PELAYO, F.: "El derecho judicial en las Partidas", Madrid 1.930.

- MONTESQUIEU, C.M.: "El Espíritu de las Leyes", Madrid 1.972.
  
- MOREL, H.: "Le recours au roi dans les pays du sud-ouest de la mouvance -  
aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles. L'appel à gravamine et la simple querelle et -  
leurs origines romano-canoniques", Annales de la Faculté de Droit de Tou -  
louse, T. 3, 1.955.
  
- ORESTANO, R.: "L'appello civile in diritto romano", Torino 1.952.
  
- PADQA SCHIOPPA, A.: "Ricerca sull'appello nel diritto intermedio", Milan  
1.967.
  
- SALVIOLI, G.: "Storia della procedura", vol. 3 de la "Storia del diritto -  
italiano", publicada bajo la dirección de P. del Giudice, Milán 1.927.
  
- SANCHEZ ARCILLA, J.: "La administración de justicia real en Castilla y --  
León en la Baja Edad Media (1.252-1.504)", ed. Universal Complutense de Ma  
drid, 1.980.
  
- SUAREZ FERNANDEZ, L.: "Nobleza y Monarquía. Puntos de vista sobre la histo  
ria castellana del siglo XV", Valladolid 1.959.
  
- TOMAS Y VALIENTE, F.: "Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio", =  
R.D. Pro. nº 1, 1.960, pp. 39-132.



- VASALLI, F.: "La Sentenza Condizionale", en Studi Guiridici, Roma 1.939.
- VILLAPALOS, G.: "Los recursos contra los actos de Gobierno en la Baja Edad Media", Madrid 1.976.
- "Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII", en AHDE, T. 46, 1.976.

